



UNIVERSIDAD DE JAÉN
Centro de Estudios de Postgrado

Trabajo Fin de Máster

**LA CUSTODIA COMPARTIDA
EN EL SUPUESTO DE
MODIFICACIÓN DE MEDIDAS
DEFINITIVAS EN UN
PROCEDIMIENTO DE
DIVORCIO**

Alumno/a: Alcázar Jiménez, María de Nazareth

Tutor: Abog. D. Manuel Peragón Ocaña

Tutor: Prof. D. Jorge Lozano Miralles

Dpto: Derecho Civil

Enero, 2018

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| Resumen..... | 3 |
| Abstract..... | 3 |
| Palabras clave..... | 3 |
| Keywords..... | 3 |
| | |
| 1. Antecedentes de hecho..... | 4 |
| | |
| 2. Antecedentes históricos de la custodia compartida en España..... | 4 |
| 2.1. La regulación de la custodia compartida según el Derecho civil propio de las Comunidades Autónomas..... | 4 |
| 2.2. La regulación de la custodia compartida según el Derecho civil común...10 | |
| | |
| 3. Análisis de la institución jurídica de la custodia compartida en España15 | |
| 3.1. Clases de custodia compartida | 15 |
| 3.2. Regulación de las consecuencias que se generan tras el otorgamiento de la custodia compartida. Tratamiento jurisprudencial..... | 16 |
| 3.2.1 Régimen de comunicación y estancia del progenitor no custodio sobre el menor..... | 16 |
| 3.2.2.Derecho a la vivienda habitual..... | 17 |
| 3.2.3. Pensión de alimentos..... | 22 |
| 3.2.4. Interés superior del menor..... | 24 |
| 3.2.5. Síndrome de alienación parental | 26 |
| 3.2.6. Asociaciones a favor de la custodia compartida..... | 28 |
| | |
| 4. La situación actual de la custodia compartida en los casos de lactantes y mascotas..... | 29 |
| 4.1. Lactantes..... | 29 |
| 4.2. Mascotas | 31 |

| | |
|---|----|
| 5.La Custodia Compartida en el Derecho Comparado..... | 34 |
| 5.1. El Derecho francés | 34 |
| 5.2. El Derecho italiano..... | 37 |
| 5.3. El Derecho alemán..... | 41 |
| 6. Conclusiones..... | 43 |

Anexos

Anexo 1: Demanda de juicio declarativo en solicitud de modificación de medidas definitivas en sentencia de divorcio

Anexo estadístico 2: Tipos de custodia compartida en separaciones y divorcios

Anexo estadístico 3: Custodia compartida por Comunidades Autónomas

Acrónimos

Bibliografía

Jurisprudencia

RESUMEN

El presente Trabajo de Fin de Máster ofrece una visión sobre la institución de custodia compartida, destacando en este sentido los pronunciamientos actuales de la jurisprudencia española que generan algunos supuestos, entre ellos los procedimientos en los que se decide la custodia compartida de un menor que se encuentra dentro del periodo de lactancia o de una mascota, que a pesar de que cada vez son mas frecuentes este tipo de casos aún no existe un pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo. Finalmente, se realiza un análisis de la regulación existente en España en esta materia frente al derecho francés, italiano y alemán.

PALABRAS CLAVE: Corresponsabilidad parental, custodia compartida, lactante, divorcio, interés del menor y síndrome de alienación parental.

ABSTRACT

The present Master's Dissertation offers a vision about the shared custody institution, highlighting in this sense the current pronouncements of the Spanish jurisprudence that generate some assumptions. Among them, it will focus on the procedures in which it is decided the shared custody of a minor who is in the period of breastfeeding or a pet. Despite the fact that such cases are becoming more frequent, there is still no pronouncement by the Supreme Court. Finally, an analysis is made about the existing regulation in Spain in this topic versus the French, Italian and German law.

KEYWORDS: parental co-responsibility, shared custody, breastfed baby, divorce, interest of the minor and parental alienation syndrome.

1. ANTECEDENTES DE HECHO.

El supuesto de hecho trata sobre un caso de custodia compartida en un escenario de modificación de medidas definitivas acordadas en un procedimiento de divorcio, donde en la sentencia se atribuyó en exclusiva a la progenitora (la madre) la custodia del único hijo menor de edad (12 años) habido durante el matrimonio. No es sino transcurrido un año y medio desde la firmeza de la sentencia de divorcio, cuando el otro progenitor (el padre) formula demanda de modificación de medidas definitivas en solicitud de la custodia compartida al apreciar, una variación sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para otorgar la custodia al otro cónyuge, por la posible existencia del denominado síndrome de alienación parental, que le estaba conllevando la pérdida del afecto y cariño de su único hijo, comprometiendo seriamente el régimen de visitas establecido por sentencia, y tomando en consideración en este caso el interés mas necesitado de protección, esto es, el de su hijo menor de edad.

2. LA CUSTODIA COMPARTIDA. INTRODUCCIÓN Y REFORMAS LEGISLATIVAS.

La aparición de la guarda y custodia de los menores en España tuvo lugar con la ley 30/1981, 7 de julio, que introdujo el divorcio, y fue con posterioridad a éste cuando se comenzó a pensar qué pasaría con los hijos menores tras poner fin al matrimonio. Otras de las razones que impulsaron la aparición del divorcio en nuestro país fueron el acceso universal de las mujeres a la educación formal y al mercado laboral¹, pues comenzaron a integrarse en una sociedad en la cual hasta ahora tan sólo habían sido concebidas como “madres y esposas” lo que se tradujo en una mayor autonomía y libertad para la mujer y se reflejó en un aumento de separaciones y divorcios, lo que dió lugar a la necesidad de regular los citados procedimientos (Anexo estadístico 2).

2.1. La regulación de la Custodia Compartida según el Derecho Civil Común. En primer lugar, nos encontramos con el Derecho Común que rige en la mayoría de las Comunidades Autónomas de nuestro país, y la evolución legislativa que ha sufrido el tema que abarcamos se puede dividir en cuatro periodos coincidentes con las reformas sufridas

¹ Becerril,D. (2017) *La custodia compartida en España*, Dykinson, Madrid, p.36

por determinadas leyes:

→ Hasta la reforma del año 1981² se consideraba que en caso de nulidad matrimonial o separación, la pérdida u obtención de la guarda y custodia de los hijos era el castigo o la recompensa a pagar según la culpabilidad o inocencia del progenitor en la ruptura de los vínculos matrimoniales. La culpabilidad viene a establecer la buena o mala fe de los cónyuges en la disolución del matrimonio, ya que siempre que existiera dicha buena fe de ambos "los hijos mayores de 7 años quedaban al cuidado del padre mientras que las hijas quedaban al cuidado de la madre" tal y como se establecía en el artículo 70 de la Ley de 24 de abril de 1958³. En este sentido, y analizado desde el prisma de la sociedad actual, podemos ver el carácter discriminatorio que poseía la citada regla de custodia, pero si que es cierto que si nos posicionamos en el año 1958 en el que se reguló debemos entenderlo e incluso admirarlo puesto que en esa época España era un país inmerso en un sistema dictatorial, y quizás podamos contemplarlo desde la concepción negativa de intentar separar a los hermanos, pero considero que sería mas acertado contemplarlo como primera posición de igualdad entre cónyuges, algo que en éstos años era impensable, al otorgar al padre el cuidado del hijo menor, con la consiguiente responsabilidad que ello conlleva y considerándolo capacitado para la misma, de igual modo que la progenitora. La citada ley estuvo vigente hasta la promulgación de las leyes de 1981 que se abarcan en este epígrafe.

→ Posterior a las reformas de 1981, con dichas reformas aparecen dos novedades; tanto la introducción del divorcio como forma de disolución del matrimonio como el concepto de interés superior del menor que sustituye al de culpabilidad existente en ese momento. A pesar de la aparición de las citadas novedades el artículo 159 Cc seguía manteniendo que siempre que los menores tengan una edad inferior a los 7 años quedarían en compañía de la madre, salvo motivos especiales. Éstas reformas suponen un gran avance pues hasta el momento los cónyuges podían obtener la separación o nulidad del matrimonio pero no el divorcio, lo que aumento la celebración de matrimonios entre personas que habían obtenido la condición de divorciados, pues entre los efectos que se desplegaban del citado divorcio estaba éste. De igual modo, el principio del interés superior del menor es algo que se extiende hasta

2 Llevada a cabo con la promulgación de las leyes 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, y, la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

3 BOE nº 99 de 25 de abril de 1958, p. 730.

la actualidad y que toma un papel muy importante en los procedimientos de separación y divorcio pues se empieza a considerar al menor como pieza frágil dentro del procedimiento, cuyo bienestar y derechos deben permanecer protegidos debiendo los cónyuges tomarlos en consideración.

→Tras las reformas sufridas tanto por el CC como la LEC de la mano de las siguientes leyes:

- Ley Orgánica 11/1990, de 15 de octubre, sobre la reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, con ella se elimina la preferencia del artículo 159 CC en cuanto al ejercicio de la custodia de los hijos a favor de un solo progenitor por razón de sexo. Tras ésta ley comenzaron las sentencias favorables a otorgar también al padre la custodia exclusiva del menor⁴ y éstos tomaron una posición de igualdad ante la madre en lo relativo a la custodia del menor puesto que, a pesar de las circunstancias que se desprendan de cada caso concreto, ambos progenitores deben partir de que poseen aptitud para llevar a cabo la custodia y organizar el día a día del menor para conseguir su estabilidad y formación personal.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Estableció la supremacía del interés superior del menor sobre cualquier otro interés presente en el procedimiento, así como queda recogida en su artículo 9 la necesidad de escuchar a los menores de edad en un procedimiento siempre que estén implicados en el mismo y que la decisión adoptada pueda afectar a su ámbito personal, social o familiar. Anteriormente hemos citado la aparición del principio de interés superior del menor pero con la ley de 1996 que abarcamos se dio un paso más en lo relativo a éste principio, pues no sólo se consideraba al menor como pieza que debía protegerse y tomar importancia en relación al procedimiento sino que ahora toma una posición de supremacía, es decir, los intereses que afecten al menor deben protegerse y tomarse en cuenta por encima de cualquiera otros que intervengan en el procedimiento de separación o divorcio, ya que se pretende que el menor salga lo menos dañado posible, pues para ellos es una situación difícil a la

4 Actualmente se apuesta por custodia compartida y se cambia la modalidad exclusiva por ésta siempre que sea factible.

Sentencias como ejemplo la dictada por el TS el 13 de abril de 2016, en la que se acoge la modificación de las medidas definitivas cambiando el régimen de custodia exclusiva materna por el régimen de custodia compartida.

que enfrentarse y no en todos los casos existe un canal comunicativo entre los progenitores que facilite el acuerdo.

- Ley 15/2005, 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, con ella se fortalece la concepción de análoga aptitud de ambos progenitores pues la exposición de motivos de dicha Ley así lo establece.⁵ Esta Ley representa el progreso en la materia abarcada pues hasta el momento sólo los tribunales, y de manera excepcional⁶, habían establecido el ejercicio de la guarda y custodia de los hijos de forma compartida, siendo ésta la primera vez que se recoge en la normativa mediante la modificación del artículo 92 CC. Con dicha reforma se pretendía que los progenitores solicitaran guarda y custodia compartida a través de dos trámites; a solicitud de ambos cónyuges, ya sea en el convenio regulador, al momento de la disolución del matrimonio o en cualquier otro momento del procedimiento judicial iniciado, y a instancia de uno de los cónyuges de manera excepcional con informe favorable del Ministerio Fiscal.⁷ En definitiva, se pretende un avance en las relaciones de progenitores con sus hijos tras la ruptura del vínculo matrimonial, es decir, pretende que ambos progenitores se impliquen por igual en la crianza, formación y cuidado del menor independientemente de la crisis matrimonial.

→Por último abarcamos el estudio de la “lege ferenda”, o ley que aún no está vigente, con el Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio aprobado por el Gobierno el 19 de julio de 2013. Nació en base

5 La exposición de motivos plasma que “consiguientemente, los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo 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, queriendo con ello conseguir un aumento de la corresponsabilidad de los padres en la educación, la formación y el cuidado de los hijos menores –equilibrando con ello la actuación de ambos progenitores y reduciendo la carga que tenían la mujeres en este aspecto-.”

6 Dicha excepcionalidad se atribuye a que no se encontraba recogida en ninguna normativa pero del mismo modo tampoco existía prohibición expresa.

7 Ésto se contenía en el artículo 92.8 Cc el cual fue declarado parcialmente inconstitucional por la sentencia del 17 de octubre de 2012, pues se declara dicha inconstitucionalidad sobre el inciso “favorable” contenido en el citado precepto.

a la doctrina del TS pues en su sentencia 257/2013, 29 abril, destacó que *“el artículo 92 del Código Civil no permite concluir que la custodia compartida se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable”* y supuso una intención hacia la promulgación de una ley que recogiera todo lo relativo a la figura de custodia compartida, tal y como aparece en las normativas autonómicas, pero ésta voluntad y empeño parece haber quedado en el olvido.

El citado anteproyecto pretendía la modificación de numerosos artículos del Código civil (artículos 90, 91, 92,9 2 bis, 93, 94, 95, 96, 97, 100, 102, 103, 142, 152, 156, 163, 170 y 1396), la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 770, 771.2, 774.4, 775.1, 776, 777 apartados 2,3,5 y 8, 807, 808, 809, 810 y 811.1), la Ley de Registro Civil de 8 de Junio de 1957 (artículo 38), la Ley 20/2011, de 22 de julio, de Registro Civil (artículo 40), y la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles (artículos 2 bis y 16.3), con ello pretendía adaptar la normativa a la realidad social actual mediante la eliminación del carácter excepcional que posee la guarda y custodia compartida⁸.

Centrándonos en lo que afecta a la custodia compartida y su procedimiento para conseguirla, podemos destacar que los artículos sobre los que nos apoyaremos para citar algunas de las reformas sufridas serán los del Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Entre las reformas que el Código civil propone destacaremos:

→ A los aspectos que debe contener el convenio regulador se incorpora el “plan de ejercicio de la patria potestad conjunta”, donde se plasmarán los pactos en relación con las decisiones que afectan al menor en lo relativo al lugar de residencia del hijo, periodos de convivencia con cada cónyuge, el régimen de estancia y comunicación con el no conviviente, y cumplimiento de deberes de salud, cuidado y educación del menor.

→ Los progenitores podrán acudir a mediación familiar en cualquier momento del procedimiento para poder arreglar sus diferencias y llegar a la conciliación, ya sea por decisión judicial o acuerdo de ambos.

→ Antes de acordar el régimen de guarda y custodia compartida, el juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal debiendo ser éste únicamente preceptivo, de igual modo oír al hijo menor, y atenderá a su edad, relación con sus padres, la voluntad e implicación de

⁸ En su exposición de motivos se manifiesta que “la cuarta etapa es la que se pretende con esta reforma, en respuesta a determinadas disfunciones que el régimen vigente está provocando en la práctica y que han tenido notorio alcance social. Para acometer la misma, se han tenido en consideración la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo y las normativas de las Comunidades Autónomas que recogen la custodia compartida en sus leyes...”

éstos para asumir los deberes que le son propios, así como su arraigo social y escolar, entre otros.

→ Si no es posible el acuerdo sobre la liquidación del régimen económico matrimonial, al iniciar el procedimiento de separación, divorcio o nulidad, se debe solicitar la formación de inventario de la masa común de bienes y derechos y presentar un plan, junto a éste, sobre el régimen de administración de los bienes gananciales y de los privativos que estuvieran afectos a cargas familiares para proceder a la división definitiva de la comunidad ordinaria o régimen económico matrimonial.

→ El juez decidirá la aportación de ambos cónyuges a las cargas familiares así como la pensión de alimentos, periodicidad de la misma o forma de pago, del mismo modo que podrá adoptar medidas para asegurar su cumplimiento. La pensión de alimentos también deberá recibirla el mayor de edad o emancipado que careciendo de ingresos viviere en el domicilio familiar. Se establecen los conceptos de gastos ordinarios y extraordinarios, así como los requisitos que se deben seguir para el cálculo de la prestación de alimentos. Por último, la pensión podrá modificarse en atención a la fortuna de los cónyuges.

→ El juez deberá atribuir el uso de la vivienda familiar, y ante la imposibilidad de los progenitores a llegar a un acuerdo deberá prevalecer el interés del menor por encima de cualquier otro que intervenga en el procedimiento. Únicamente se podrá atribuir al cónyuge que tenga más dificultades para encontrar una nueva vivienda siempre que sus intereses sean compatibles con el interés superior del menor. De manera excepcional, se puede atribuir el uso de la vivienda al progenitor que no tenga la guarda y custodia compartida siempre que éste carezca de medios y quien la ostente tenga los suficientes para proporcionar una nueva vivienda a los hijos.

Entre las reformas que sufre la LEC mencionaremos que:

→ En los procedimientos de separación y divorcio junto a los documentos que se aportaban a la demanda dicha reforma añade el “plan de ejercicio de la patria potestad”, así como la aportación de haber procedido ya a liquidar el régimen económico matrimonial para que el secretario judicial a la vez que admita la demanda haga constar la suspensión de los efectos del régimen económico del matrimonio.

→ Dicha ley también recogería la proposición del juez para que los cónyuges se sometan a mediación familiar.

→ Si el progenitor no conviviente incumple sus obligaciones derivadas del régimen de

estancia, relación y comunicación, el tribunal puede no sólo modificar el régimen, tal y como se establece en la actualidad, sino que con ésta reforma podría llegar a suspenderlo si así lo considera.

En este epígrafe debemos hacer una breve mención a la actualidad de la custodia compartida en mascotas, pues a pesar de que se analizará con posterioridad, es acertado comentar que el 12 de diciembre de 2017 el Congreso de los Diputados admitió a trámite la Proposición de Ley 122/134 de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y Ley Hipotecaria, sobre el régimen jurídico de los animales, donde nuestro país pretende adaptarse a países de nuestro entorno europeo en materia de custodia compartida de las mascotas, entre otras.

Como conclusión, afirmar que el anteproyecto a pesar de que pretendía una innovación en la materia, pues así se reflejaba en algunas de las figuras que recogía, también es cierto que se “dejó en el tintero” la regulación de las relaciones paterno-filiales de los hijos no matrimoniales, pues aunque en España tan sólo uno de cada tres hijos nacen fuera del matrimonio, la Constitución Española en su artículo 39.2 los ampara mediante la protección integral a los hijos, independientemente de la filiación. Dicho anteproyecto contenía numerosas reformas que suponían una equiparación entre el Derecho común y el Derecho propio de las Comunidades Autónomas en materia de custodia compartida, pues es acertado mencionar que las autonomías con derecho propio nos llevan gran ventaja en éste aspecto, puesto que a pesar de que el distanciamiento existente entre la realidad actual y la ley ha sido suplido con la jurisprudencia, el derecho común no cuenta con reglas o pautas a seguir para la atribución del citado régimen. En la actualidad, y tras el paso de más de cuatro años dicho anteproyecto aún no ha accedido al Congreso de los Diputados lo que nos hace plantearnos que quizás para los partidos políticos no merece la celeridad suficiente, lo que en mi opinión, es decepcionante, pues las esperanzas que pusieron en él muchas familias inmersas en los procedimientos de guarda y custodia compartida se han desvanecido.

2.2 La regulación de la Custodia Compartida según el Derecho Foral de las Comunidades Autónomas.

Continuando en base a al principio de competencia debemos detenernos, en segundo lugar, en la normativa existente dentro de las Comunidades Autónomas que cuentan con Derecho propio y que han legislado sobre la materia que abarcamos, lo que se traduce en directrices más claras y coloca a las citadas comunidades

“a la cabeza” en materia de custodia compartida, pudiendo destacar por orden cronológico:

→ Aragón: fue la primera Comunidad Autónoma en introducir la custodia compartida en su derecho propio con una Ley de mayo de 2010, la cual ya derogada dio paso al Decreto ley 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, el Texto Refundido de las Leyes Civiles Aragonesas donde se establece con carácter preferente la custodia compartida, salvo que la exclusiva sea mejor opción basándonos en el interés superior del menor. Ésta ley supuso un avance normativo dentro la Comunidad Autónoma pues pretendía que tras la ruptura matrimonial ambos progenitores pudieran continuar la relación con sus hijos de manera equitativa, tomando como base el principio “bonus filii” que aparece recogido en el artículo 2.2. de la ley, y de igual forma, le ofrece un papel importante a la mediación familiar para intentar acercar posiciones entre los progenitores y con ésto llegar a un acuerdo.

En lo relativo al uso de la vivienda familiar tras el procedimiento de divorcio o separación, también se pronunció fijando que corresponderá el uso de la vivienda al progenitor que tenga mas dificultad para acceder a la misma, siendo el juez el que decida para los casos de igualdad y en función de las circunstancias de cada caso concreto. Del mismo modo, ésta ley establece una limitación temporal al uso de la vivienda, que a falta de acuerdo entre los cónyuges será fijada por el juez. Ésta excepción considero que es la forma de frenar cualquier tipo de abuso por parte del progenitor custodio, pues no se puede considerar tal derecho como ilimitado, especialmente en casos en los que la vivienda familiar está afectada por el régimen de sociedad de gananciales o bien, pertenece al progenitor no custodio o a un tercero.

→Cataluña: la Ley 25/2010, de 29 de julio, de libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. En primer lugar, y en lo que respecta a ésta ley cabe citar que la novedad principal es la introducción de la custodia compartida⁹, la cual no se reconoce como tal sino que dicho término sufre una variación y pasa a ser denominado “responsabilidad parental compartida” para los casos en los que el divorcio o separación no

9 El autor Cervilla Garzón (2017) destaca que la regulación catalana relativa a los acuerdos matrimoniales realizados para las rupturas matrimoniales se inspiran en la doctrina norteamericana. “*Los acuerdos con previsiones de ruptura en el Código de Familia de Cataluña y en el Derecho norteamericano*” , Revista de Derecho Civil, volumen IV, núm. 2, p.10. <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/249/207> (Diciembre 2017).

sea de mutuo acuerdo. Otra de las novedades que nos ofrece dicha ley es la elaboración de un “plan de parentalidad” que los padres deben entregar al juez y en el que se debe contener: *“el domicilio en el que residirán los hijos y las reglas para determinar qué progenitor ejerce la guarda en cada momento, la manera en que se deben realizar los cambios de guarda y cómo se han de repartir los costes que generan, el régimen de relación y comunicación de los hijos durante los períodos en los que un progenitor no los tenga consigo, el tipo de educación y las actividades extraescolares, entre otras cuestiones”*¹⁰. Igualmente, mencionar que es tomada con gran importancia la mediación familiar para evitar los conflictos que pueden suponer el acceso a los tribunales para litigar por la custodia del menor, pudiendo ser los progenitores los que de forma amistosa acerquen posiciones e intenten el diálogo como forma de llegar a un acuerdo.

→Navarra: Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en casos de ruptura de la convivencia de los padres. Esta Comunidad Autónoma tiene como objetivo reformar el carácter excepcional de la custodia compartida aunque a pesar de dicho objetivo no se decanta por ninguna de las dos formas de custodia pues deja que sea el juez quien tome dicha decisión teniendo como base el interés superior del menor y la igualdad entre los progenitores, y apoyándose en los criterios que se plasman en la ley, al igual que la legislación catalana.

En la ley objeto de estudio se establecen los mismo criterios que en la normativa aragonesa, unicamente ampliándose en dos más, pues el juez navarro deberá considerar la relación entre los cónyuges, en el sentido de tener aptitud de dialogo y cooperación por el bien del menor para garantizar la continuación de las relaciones con ambos progenitores y sus familias.

→Valencia: Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Otorgaba prioridad al acuerdo entre los progenitores, si dicho acuerdo no era factible, la regla general era la custodia compartida, aunque el juez podía fallar en favor de una custodia individual siempre que ese fuera el interés superior del menor y atendiendo a las circunstancias, no tomándose como razón de no otorgamiento de la custodia compartida la mala relación entre los progenitores, siendo en todo caso en todo caso los informes psicológicos los que recomienden el tipo de custodia exclusiva, pues ésta se alza como la excepción.

10 Ésto aparece recogido en el artículo 233.11 de la Ley 25/2010, de 29 de julio.

En ésta ley, al igual que en la normativa propia catalana, también se produce una redenominación de los términos “custodia compartida”, que toma el nombre de “convivencia compartida”, y de “guarda y custodia” que aparece nombrado como “relación de convivencia”, con ello se pretende un acercamiento cotidiano entre el menor y sus progenitores para procurar su desarrollo personal y social independientemente de que ambos padres se encuentren separados. En su artículo 3 a) la ley establece una definición al concepto de “convivencia compartida” quedando éste de la siguiente forma: *“Por régimen de convivencia compartida debe entenderse el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores, acordado voluntariamente entre aquellos o en su defecto por decisión judicial.”*

En su artículo 4.1 y 2 la ley da prioridad al acuerdo entre los progenitores ofreciéndoles la posibilidad de otorgar un “pacto de convivencia familiar” en el que deberá incluir régimen de convivencia con los progenitores, régimen de relación con familiares o allegados y el uso de la vivienda y destino del ajuar familiar, entre otros. El citado pacto guarda relación con el “plan de parentalidad” que recoge el derecho catalán.

Esta ley fue declarada inconstitucional por el Tribunal competente en su sentencia 192/2016, de 17 de noviembre.¹¹

→ País Vasco: Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares de supuestos de separación o ruptura de los progenitores. Como norma general, se concederá custodia compartida siempre que lo solicite uno de los progenitores y no esté afectado el interés superior del menor, no siendo motivo para no otorgar la custodia compartida la relación existente entre los progenitores. En la citada comunidad también se regula la mediación familiar, pudiendo someterse a ella los progenitores en cualquier momento del procedimiento, e incluso pudiendo el juez derivar a los cónyuges con carácter obligatorio a una sesión informativa intrajudicial de mediación, sin necesidad de haberlo solicitado las partes. En lo relativo al uso de la vivienda tendrá carácter temporal y se atribuirá al progenitor que esté en situación de necesidad, pudiendo ser prorrogable la temporalidad citada siempre que las

¹¹ La inconstitucionalidad tiene como base la vulneración de la Constitución por el legislador autonómico por exceso de su competencia en materia de derecho civil. En la citada sentencia se plantea una cuestión ya resuelta en las SSTC 82/2016, de 28 de abril, y , 110/2016, de 9 de junio, en las cuales se plantean aspectos del regimen económico del matrimonio y de las uniones de hecho de la Comunidad Autonoma de Valencia.

causas que motivaron la atribución no hayan cesado.

A modo de conclusión, mencionar que tanto el Anteproyecto de 2013 como las leyes autonómicas pretenden dar respuesta a la demanda social que se hace cada vez mas latente en materia de guarda y custodia compartida, y tienen como fin, proteger las relaciones entre los progenitores y sus hijos tras el cese matrimonial, pudiendo conservarse éstas y las relativas a los familiares de cada cónyuge de forma equitativa, con el objetivo de evitar al menor cualquier sufrimiento por mínimo que parezca, favoreciendo la igualdad entre los cónyuges y la participación responsable en la educación de su hijo para que éste no note diferencia entre la situación anterior y la creada tras la separación o divorcio pudiendo tener una educación por parte de ambos, lo que llegaría a reflejarse en la personalidad del menor que crecerá con las aportaciones tanto del padre como de la madre, ambas igual de importantes para su desarrollo. La equiparación de los roles del padre y la madre no es más que una forma de adaptarse a la sociedad en la que vivimos en la cual la mujer toma cada vez más importancia en ámbitos como la educación o el mercado laboral.

En lo relativo a las Comunidades Autónomas con derecho foral destacar que todas fomentan la custodia compartida e incluso ofrecen la posibilidad de llegar a un acuerdo mediante la mediación familiar de forma extrajudicial, y con ello evitando la litigiosidad del proceso de divorcio que ya de por sí es difícil por las numerosas cuestiones a tratar, entre ellas los menores y su custodia. De igual modo, mencionar que el anteproyecto de 2013 pretendía concienciar a los progenitores de la instauración de un plan para la corresponsabilidad parental que se incorporaba al proceso y se consideraba instrumento para concretar las responsabilidades de los progenitores, en éste sentido fueron pioneras las comunidades catalana y valenciana que junto a la demanda de divorcio o separación deben incorporar un “plan de parentalidad” donde se recogen pautas respecto al cuidado, custodia, atribución de la vivienda y ajuar familiar ,entre otras cosas.

Finalmente, consideramos que el anteproyecto pretendió ser un impulso para la guarda y custodia compartida en el derecho común, pues no sólo se recogieron novedades contenidas en normativas pioneras de derecho propio sino que también fue corregida para introducir los hijos con carácter extramatrimonial a los que reconoce la constitución y el Código civil, pero a pesar de eso aún no ha sido presentada a las cortes para su aprobación por lo que todo lo que se pretendía con ese anteproyecto queda en “papel mojado”.

3. ANÁLISIS DE LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN ESPAÑA.

3.1. Clases de Custodia Compartida.

Tras realizar un recorrido por las numerosas reformas que ha sufrido la cuestión que abarcamos, cabe centrarse en ella y en los supuestos y consecuencias que se desprenden de la ruptura matrimonial (centraremos el estudio desde el punto de vista del Derecho común):

- Supuestos en caso de matrimonio o convivencia entre los cónyuges

En este caso no cabe la custodia compartida pues cuando los progenitores están unidos en matrimonio, la enseñanza, cuidados y educación de los hijos menores corresponde a ambos por igual en el desempeño de la patria potestad, pues así lo recoge el artículo 154 Cc.

- Supuestos en caso de ruptura matrimonial

Cuando se produce la ruptura del matrimonio y tras la decisión de ambos progenitores de adoptar el divorcio o separación como fin de la situación en la cual se encuentran, se debe tener en cuenta que el hijo de ambos toma una posición de debilidad puesto que la realidad que se presenta es inesperada para él.

Centrándonos en la cuestión que es objeto de análisis mencionar que se pueden solicitar diferentes tipos de custodia:

→ Custodia exclusiva: A ésta modalidad pretende imponerse la custodia compartida, pero sí es cierto que aún son muchas las sentencias que fallan a favor de ella¹², con el consecuente régimen de visitas para el progenitor que no la ostente, o progenitor no custodio. El tiempo que el menor pasa con cada progenitor no se puede equiparar, pues el progenitor no custodio disfrutará en menor medida de su hijo.

→ Custodia compartida a petición de un solo progenitor: La petición de custodia compartida nunca es fácil pero si ésta se realiza de manera contenciosa por la solicitud de un sólo progenitor resulta aún mas complicada, pues aunque es cierto que en

¹² En la actualidad sigue imponiéndose el régimen de custodia exclusiva en favor de la madre, pues así lo hacen constar los tribunales en el fallo de sus sentencias, entre otras, STS 564/2017, 17 de octubre, la SAPr de Pontevedra 489/2017, 2 de noviembre, y la STS 595/2017, 8 de noviembre.

algunos casos el progenitor no solicitante está de acuerdo, en la mayoría de ellos no es así, y éste es objeto de conflicto al momento del procedimiento. Ésta modalidad aparece en el artículo 92.8 Cc, y será acordada por el juez siempre que lo solicite un progenitor y se prime el interés superior del menor sobre cualquier otro que intervenga en el procedimiento.¹³

→ Custodia compartida a petición de ambos progenitores: los padres de forma conjunta pueden solicitar la custodia compartida bien en el convenio regulador o en cualquier momento del procedimiento de divorcio o separación. Esta modalidad es la que causa menos dificultad en la práctica pues el acuerdo de los cónyuges se traduce en menos conflictividad entre ellos, provocando la reducción de los sentimientos de culpabilidad que afloran en algunos menores, que tras la separación de los padres no se consideran víctimas sino causa de los problemas familiares. Dicho acuerdo entre progenitores pretende conseguir que el menor pueda formarse por las aportaciones y enseñanzas de ambos gracias a una estabilidad familiar, a pesar de que ambos cónyuges ya no convivan juntos.

3.2. Regulación de las consecuencias que se generan tras el otorgamiento de la custodia compartida. Tratamiento jurisprudencial.

3.2.1 Régimen de comunicación y estancia del progenitor no custodio con el menor: Se aplica en casos de custodia exclusiva o periodos en los que el progenitor no se encuentre en compañía del menor en la custodia compartida. La fijación del régimen de visitas podrá establecerse por los cónyuges de mutuo acuerdo en el convenio regulador, tal y como regula el artículo 90 CC, pero dicho convenio debe ser aprobado por el Juez que será el que analice la legalidad del mismo, de esto podemos deducir que tal y como recoge el artículo 91 CC, será éste el encargado de adoptar el régimen de visitas pertinente en última instancia, pues aunque exista acuerdo y éste no reviste legalidad hasta que el juez no se la otorgue¹⁴. El derecho de visitas es irrenunciable pues no sólo es un derecho que pertenezca al

13 La sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012, 17 de octubre, declaró nulo parcialmente el artículo 92.8

Cc pues con anterioridad a ésta sentencia los procesos de separación y divorcio en los que no mediaba acuerdo entre los progenitores quedaban supeditada al informe favorable del Ministerio Fiscal la adopción de un régimen de guarda y custodia compartida de los hijos menores de edad.

14 Ésto aparece recogido en el artículo 90 del Código civil y en el artículo 89.2 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

progenitor sino que también es un derecho que tiene el niño a relacionarse y comunicarse con el progenitor no custodio pudiendo con ello desarrollarse en el plano afectivo¹⁵. La LEC recoge en su artículo 776 la posibilidad de interponer demanda ejecutiva ante el juzgado competente para que el progenitor demandado cumpla el régimen de visitas de la sentencia de divorcio o separación. Si existe un incumplimiento grave y reiterado del régimen de visitas por parte del padre puede llegar a retirarse en interés del menor la patria potestad tal y como establece el TS en su sentencia 621/2015, 9 de noviembre¹⁶.

Por otro lado, el régimen de visitas regulado en la normativa española no sólo afecta al progenitor no custodio y al menor, sino que existe un régimen que regula la relación de los abuelos y nietos tras la separación o divorcio de los padres. Es el artículo 160 CC el que establece que los abuelos tienen derecho a relacionarse con sus nietos pudiendo plantear una demanda para reclamar dicha relación siendo el juez el que la admita o no según la justa causa alegada. Este derecho a pesar de ser muy controvertido en los tribunales trata de buscar el equilibrio, manteniendo el interés del menor y favoreciendo una armonía familiar que tiene como objetivo evitar los conflictos entre progenitores y abuelos, para así garantizar la felicidad de los niños¹⁷. Se pronuncian sobre ésta cuestión, otorgando dicho régimen de visitas, numerosas sentencias, entre las que mencionamos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo 59/2016, 18 de mayo de 2016 y la Sentencia del Tribunal Supremo 551/2016, de 20 de septiembre de 2016, en la cual se concede a la abuela la posibilidad de visitar a sus nietos en un punto de encuentro durante dos horas al mes, a pesar de la pésima relación que existe entre ella y los padres de los menores.

3.2.2. El otorgamiento del uso de la vivienda familiar: Como primera aproximación, definiremos qué se entiende por vivienda familiar y para ello tomaremos el concepto de la

15 Zamora Segovia, M.L. (2016) *“Guía de intervención familiar en casos de separación, divorcio y protección de menores”*, Dykinson, Madrid, p. 97

16 La conducta del padre demandado, el cual no se relacionaba con su hija, ni acudía al punto de encuentro, haciendo dejación de sus funciones tanto en lo afectivo como en lo económico, sin causa justificada y desde que la menor contaba muy poca edad, ha afectado la relación paterno-filial de manera seria, lo que justifica esa medida, sin perjuicio de las previsiones legales que fuesen posibles, de futuro conforme a derecho.

17 Clavero, J. (2014) *“Tienen los abuelos derecho legal a tener un régimen de visitas con sus nietos”*, Diario jurídico, p.2. <http://www.diariojuridico.com/tienen-los-abuelos-derecho-legal-a-tener-un-regimen-de-visitas-con-sus-nietos/> (Noviembre 2017)

autora Rodríguez de Almeida que considera que es “*un lugar clave y necesario para el mantenimiento familiar y de la prole, donde todos los integrantes, y en especial los menores, deben alcanzar su plenitud como personas*”¹⁸.

El otorgamiento de la vivienda familiar es una de las cuestiones más controvertidas tras una ruptura matrimonial siendo uno de los objetos principales a resolver en las decisiones judiciales que versan sobre guarda y custodia compartida, pues dicho domicilio se encuentra íntimamente ligado al interés del menor y a la estabilidad que se trata de ofrecer al mismo tras la separación o divorcio.

En los casos de custodia compartida se pueden destacar dos modalidades que pretenden dar solución a la problemática actual:

→ Modalidad “niño-nido”. En ella son los menores los que permanecen en la vivienda habitual (ésto puede generar problemática no sólo entre los cónyuges sino también en el caso de que uno de los progenitores rehaga su vida con una tercera persona, y más aun si dicha persona es separada con hijos). En este caso prima el acuerdo entre las partes, pero a falta de éste, será el juez el encargado de decidir en base al interés más necesitado de protección y atendiendo a las circunstancias del caso, pues en la ley 15/2005 no se ha incluido pauta alguna que sirva como criterio de atribución de la vivienda habitual. Personalmente considero que ésta modalidad es la que ofrece más estabilidad al menor, pues vivirían siempre en el mismo domicilio lo que conllevaría estudiar en la misma habitación, salir a jugar con los mismos amigos e incluso en los mismos sitios, pero si que es cierto que acarrea un coste mucho mayor que las demás, pues los cónyuges deberían tener un domicilio cada uno distinto del habitual, lo que genera unos costes no sólo de mantenimiento de las tres viviendas sino la complejidad que tendrían los progenitores para organizar tanto su vida laboral como personal. Existiría otro supuesto, en el que los cónyuges compartirían la misma vivienda, por lo que los gastos ya no son de tres si no de dos viviendas, que en principio parece ser la solución al problema pero si lo pensamos fríamente podrían aparecer conflictos e incomodidades entre los progenitores, especialmente si han rehecho su vida pues no sólo deberán organizar su vida laboral y personal sino también la de su nueva pareja.

→ Modalidad “niño-maleta”. Los progenitores poseen un domicilio fijo cada uno y serán los menores los que deben trasladarse al mismo por periodos. Esta modalidad es la que

18 Goñi Rodríguez de Almeida, M. (2013), “ *La vivienda familiar en caso de Custodia Compartida. Sus implicaciones en el derecho de cosas*”, Madrid, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº. 736, marzo 2013, p.1133

actualmente más pronunciamientos tiene a su favor en la jurisprudencia siempre que se cumpla el requisito de proximidad, es decir, los domicilios de ambos progenitores deben estar situados en el mismo entorno en el que residía el menor antes de la separación, y deben ser por periodos largos siempre que sea posible a fin de evitar al menor cambios muy continuados que puedan afectar a su estabilidad, especialmente si se trata de un menor de corta edad. Los pronunciamientos en las sentencias son muy dispares pueden ir desde la alternancia de dos días entre semana y de fines de semana (STSJ de Comunidad Valenciana 1/2016, 25 de enero) hasta la alternancia mensual (STSJ de Aragón 28/2015, 7 de octubre y SAPr de Ciudad Real 139/2016, 23 de mayo), pasando por la semanal (STS 215/2016, 6 de abril y STS 183/2017, 14 de marzo) y quincenal (SAPr Guipúzcoa 200/2014, 16 de septiembre), todo dependerá de las circunstancias del caso, tales como la edad del menor o la proximidad entre los domicilios de los progenitores.

Compartimos la preocupación actual de la jurisprudencia de velar por la estabilidad e integridad moral de los menores, por lo que considero que cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen y el menor cumpla una cierta edad sería conveniente aplicar la alternancia quincenal e incluso mensual, con su correspondiente régimen de comunicación y visitas para el otro progenitor, pues de esa manera se evita al menor el continuo “peregrinaje” al que se ve sometido el menor, y que a mi parecer, termina generándole inestabilidad y estrés, pudiendo llegar el momento en el que se reflejar esto en sus resultados académicos consiguiendo todo lo que contrario a lo buscado con el régimen de custodia compartida.

La vivienda familiar puede atribuirse por acuerdo entre los cónyuges en el convenio regulador, pero a falta de éste la regla general que impera cuando existen hijos menores es el artículo 96.1 Cc, cuya aplicación atribuye el uso de la vivienda al progenitor custodio que es con el que el menor convivirá. Sin embargo, en los supuestos de custodia compartida ambos padres son considerados custodios pues tienen atribuidos periodos de convivencia equivalentes con el menor, y ante el vacío legal existente en este ámbito en la ley 15/2005, y las dificultades que se creaban en los procedimientos (pues a pesar de conseguir el padre la concesión de custodia compartida, la atribución del uso de la vivienda familiar seguía teniéndola la madre), los jueces comenzaron a aplicar de forma analógica el artículo 96.2 Cc .

Parte de la doctrina considera que entre la custodia compartida y la custodia repartida existe afinidad suficiente como para que se acredite la aplicación del artículo 96.2 Cc.¹⁹

¹⁹ Cuenca Casas, M. (2011) "*El régimen jurídico de la vivienda familiar*", Tratado de Derecho de la Familia, Thomson Aranzadi, Madrid, p. 407 y ss.

Con la aplicación del citado artículo a los procedimientos, se comenzó a otorgar el uso de la vivienda familiar en base al interés del menor y al interés familiar más necesitado de protección, el cual se ponderaba en función de los ingresos de cada progenitor y de las posibilidades del mismo para habitar una vivienda diferente a la familiar²⁰. En este sentido se atribuía a un progenitor el uso, quedando el otro progenitor desposeído de una vivienda a la que posiblemente también tuviera derecho, bien por ser al cincuenta por ciento también suya (en el caso de estar afectada por el régimen de sociedad de gananciales) o bien por ser de su propiedad al cien por cien, por lo que los tribunales y como fin a éste conflicto han fijado una limitación temporal al uso de la vivienda ligada al matrimonio, y podemos destacar dos sentencias recientes del Tribunal Supremo que así lo establecen:

→ En la STS 294/2017, 12 de mayo, el padre solicita custodia compartida, la cual se otorga por parte del juez, mas si bien la atribución del uso de la vivienda familiar es objeto de recurso pues se atribuye a la madre. El TS admite al recurso de casación que interpone el padre y analiza las cuestiones relativas al uso de la vivienda familiar. Cabe destacar que la vivienda familiar pertenece a ambos cónyuges, y por ése motivo el progenitor solicita que no se aplique el artículo 96.1 CC pues establece que el menor quedará en el domicilio familiar el compañía del progenitor con quien se quede, y en el régimen de custodia compartida ésta compañía se ejerce por ambos del mismo modo. El TS analiza las consecuencias que se derivan del caso y, aunque atribuye la vivienda a la madre, establece una limitación temporal al uso de la misma teniendo éste periodo una duración máxima de tres años desde que se dicte la sentencia.

→ En la STS 517/2017, 22 de septiembre, el padre del menor es el propietario de la vivienda y obtiene un salario al mes de 5916€ pues desempeña en una clínica propia, y en otra ajena ocasionalmente, la profesión de cirujano médico, mientras que la esposa ostenta una concejalía en un ayuntamiento provincial, y cuenta con un salario al mes de 1600€. El progenitor solicita custodia compartida junto con medidas quedando fijadas todas ellas salvo la referida a la atribución del uso de la vivienda habitual, siendo ésta motivo de recurso llegando hasta el de casación, de igual modo que la sentencia anterior. El TS tras analizar lo relativo al caso falla otorgando el uso de la vivienda a la madre pero limitando el mismo a dos años, dicha limitación temporal se establece para facilitar la transición del régimen de

González del Pozo, J.P. (2010) “*A vueltas con la atribución del uso de la vivienda familiar cuando existen hijos comunes*”. El Derecho, Grupo Francis Lefevbre, Madrid, p.2

20 Íbidem, p.3.

custodia exclusiva al de custodia compartida y pueda la madre encontrar una nueva vivienda durante ese periodo. Tras la citada limitación temporal la vivienda quedará a disposición del propietario.

Pero, ¿por qué el tribunal en tan lapso periodo de tiempo cambia su criterio y reduce el periodo de uso de la vivienda habitual, de una sentencia frente a la otra?

Para responder a ésta cuestión es necesario fijar las consecuencias a ponderar, como son, el interés más necesitado de protección, coincidiendo en éste caso con el derecho del menor a continuar relacionándose con sus padres, y el hecho de que la vivienda que constituye el domicilio familiar sea privativa de uno de los cónyuges o de ambos, junto a ellas también la situación familiar. A la luz de las citadas, y en la segunda sentencia, la mujer trabajaba en la administración pública, es decir, posee una cierta estabilidad económica lo que unido a la pensión de alimentos que ingresará el progenitor a las menores, pues éste goza de una muy buena posición económica, la dificultades de la madre para encontrar una nueva vivienda y acomodarse al nuevo régimen de guarda y custodia compartida se reducirán.

A modo de conclusión, y para llegar a la limitación temporal que aparece en el fallo de ambas sentencias, el tribunal ha destacado la no aplicación del artículo 96.1 Cc pues éste atribuye el domicilio familiar al progenitor custodio en los casos de establecerse un régimen de custodia exclusiva, pero en los supuestos de custodia compartida es de aplicación por analogía el artículo 96.2 Cc que regula el supuesto en el cual existiendo varios hijos, unos quedan bajo la guarda de un progenitor y otros bajo la del otro, permitiendo al juez dar por resuelto lo cuestionable. Ésto obliga al juez a ponderar circunstancias puesto que entra en contradicción el interés del menor, el mas necesitado de protección, pues se le debe garantizar un equilibrio de los periodos de estancia con ambos progenitores, y al mismo tiempo, la imposibilidad de que el progenitor disfrute de su vivienda de carácter privativo, pues en la custodia compartida los menores habitan con ambos progenitores por igual, existiendo dos domicilios y perdiendo la vivienda familiar dicha condición, por lo que no podría otorgarse al progenitor con el que conviva de manera indefinida, ya que convive con ambos de igual modo. Se pretende reparar parcialmente y de forma jurisprudencial lo que se reconoce como un quebranto²¹, ya que el propietario de la vivienda debería hacer frente no sólo a la carga que supone una nueva vivienda sino también al pago del gravamen hipotecario que recae sobre la familiar.

21 Monforte, D. (2017) "*Custodia compartida y vivienda familiar. La nueva doctrina jurisprudencial*", Madrid, Wolters Kluwer, Diario La Ley, nº. 9012, p.1.

3.2.3. La pensión de alimentos: Se debe entender por alimentos “*todo lo necesario para cubrir las necesidades de sustento, educación, vivienda y asistencia médica del menor*” , y dicha obligación se apoya en el principio constitucional 39.1 CE que establece que los poderes públicos han de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia.²²

La Ley 15/2005 no introduce regulación alguna sobre la pensión de alimentos en los casos de custodia compartida, siendo la jurisprudencia la que ofrece soluciones analizando cada caso concreto, pudiendo plasmarse que²³:

→ Cada uno de los padres asume los gastos del menor durante el periodo en que convivan juntos y se comparten los gastos extraordinarios de forma proporcional.

→ Cada progenitor atiende las necesidades del menor en función de su capacidad económica, debiendo abonar una cantidad determinada de dinero ingresándola en una cuenta bancaria a nombre del menor y los progenitores, por ejemplo.

A pesar de las soluciones planteadas con anterioridad, la obligación de alimentos en la custodia compartida plantea discrepancias, pues cuando se otorga la custodia de forma exclusiva es lógico que el progenitor no custodio responda al deber de obligación de alimentos, pues como se recoge en el artículo 92 CC “*el divorcio o separación no dispensa a los progenitores de sus obligaciones alimentistas*”, pero tras establecerse el régimen de custodia compartida lo natural sería que ambos cónyuges contribuyeran en el deber de alimentos hacia los hijos en igual porcentaje, pues así se hace con el tiempo que comparten. A pesar de esto, la jurisprudencia actual se inclina por no eximir dicha contribución en la custodia compartida y para ello se apoya en los artículos 145 y 146 CC, pues los alimentos no sólo se fijan atendiendo a las necesidades del menor sino también a la capacidad que tengan los progenitores de otorgarla, ello no debe ser motivo necesario para no otorgar dicho régimen, ya que en éste caso el progenitor cuya situación económica sea mas resuelta deberá hacerse cargo de los gastos del hijo mediante el pago directo de ciertos gastos²⁴. En este sentido se pronuncian las sentencias del TS 55/2016, de 11 de febrero y 560/2016, de 21 de septiembre, que conceden la custodia compartida otorgando a favor de los menores la pensión

22 González Martínez, E.L. (2009) “*La custodia compartida, síndrome de alienación parental e interés del menor*”, I Curso de Experto en Derecho de Familia organizado por la Universidad Internacional de Andalucía, Málaga, p. 51

23 Íbidem, p. 51

24 Lathrop Gómez, F. (2008) “*Custodia compartida de los hijos*”, Editorial La Ley, Madrid ,p. 515-520.

alimenticia.

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia TS 11 de febrero de 2016, y establece que la obligación de prestar alimentos a un hijo no puede limitarse en el tiempo, incluso cuando el alimentante es mayor de edad, dicha afirmación podemos apoyarla en el artículo 142 y ss del CC pero debemos matizarla afirmando que sí que quedará extinguida por las causas del artículo 152 CC²⁵. Asimismo, la citada pensión podría aumentar o disminuirse en función de los cambios que sufran las circunstancias del obligado a entregarla y del perceptor de la misma, en este sentido se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 24/2016, de 19 de enero. Cuando existen hijos mayores de edad cursando sus estudios también tendrán derecho a percibirla si la falta de ingresos es ajena a su voluntad, salvo que se acredite el escaso rendimiento tanto en sus estudios como en la voluntad de incorporarse al mercado laboral, en ese caso podrá extinguirse, tal y como falla la sentencia del Tribunal Supremo 395/2017, 22 de junio.

Como conclusión, destacar que los pronunciamientos de la jurisprudencia actual se decantan por establecer que el pago de los gastos ordinarios los soportará cada progenitor por el tiempo que los menores convivan con ellos mientras que los gastos extraordinarios se compartirán por mitad de forma proporcional. Estamos a favor de la doctrina jurisprudencial que no sólo extingue la pensión por las causas del artículo 152 CC sino que para el caso de los mayores de edad que estén cursando estudios, quedando acreditado su bajo rendimiento en los mismos así como la escasa voluntad de comenzar en el mercado laboral, y se apoyen en los mismos para fundar su derecho a la pensión se le pueda poner fin en el tiempo a la misma, pues al igual que el progenitor debe pagar y ayudar a su hijo durante su formación académica, siempre que sus recursos se lo permitan, también es acertado poner fin al deber de alimentos para evitar tanto el enriquecimiento injusto por parte del hijo, ya mayor de edad y en edad de

25 Artículo 152 CC: “Cesará también la obligación de dar alimentos:

→ Por muerte del alimentista

→ Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus necesidades propias y las de su familia.

→ Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesion, o industria, o haya adquirido un destino o mejorado su fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión de alimentos para su subsistencia.

→ Cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación.

→ Cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos, y la necesidad de aquél provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa.”

trabajar, como que el progenitor deba hacer frente a otro gasto más, además de los que ya se desprenden del propio procedimiento de divorcio.

3.2.4. El interés superior del menor: También puede aparecer bajo la denominación de “favor filii” o “favor minoris”. La primera vez que se articuló y reconoció este principio fue en el año 1959 en la Declaración de los Derechos del Niño que adoptó la Asamblea General de Naciones Unidas, aunque también se incorporaron posteriormente al plano internacional y nacional, comprendiéndose, por un lado, en la Carta Europea de Derechos del Niño de 1992 y por otro, en la Constitución Española, en la Ley 1/1996, 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y en la ya citada 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. Ésta desarrolla el concepto que abarcamos y recoge algunas frases en relación al mismo que podemos destacar, como «se preservará el mantenimiento de las relaciones familiares del menor», se protegerá «la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas»; se ponderará «el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo»; «la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten...» y a que «la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara»²⁶.

A pesar de los enunciados que recoge la ley con los que pretende ofrecer unas pinceladas de lo que abarca dicha noción, cabe mencionar que el interés del menor es un concepto jurídico general e indeterminado²⁷ el cual es imposible definir con exactitud y es la jurisprudencia mediante sus sentencias la que lo aplica analizando cada caso concreto.

Entre la jurisprudencia más actual podemos destacar sentencias como:

→ STS 155/2017, de 7 de marzo, FJ 3º: “La guarda compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores. La norma que admite la guarda y custodia compartida no está pensada para proteger el principio de igualdad entre ambos progenitores, porque la única finalidad que persigue es que se haga efectiva la mejor forma de procurar la

26 Fundamento jurídico 3º de la sentencia del Tribunal Supremo 519/2017, de 22 de septiembre.

27 De Torres Perea, J.M. (2009) “Guarda y custodia tras la crisis matrimonial o la ruptura de la pareja de hecho”. Interés del Menor y Derecho de Familia una perspectiva multidisciplinar, Madrid, 1ª edición, p.24.
Rivero Hernández, F. (2007) *El interés del menor: del estándar jurídico al principio general*, Dykinson, Madrid, p.12

protección del interés del menor (...) El régimen deberá tener en cuenta cada uno de los casos...”

→ STS 638/2016, de 26 de octubre, FJ 2º: *“las relaciones de los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor”*.

→ STS 280/2017, de 9 de mayo, FJ 2º: *“la custodia compartida debe acordarse siempre en interés el menor y no como un premio, por lo que es irrelevante la capacidad y buena voluntad del recurrente para ejercer la guarda”*.

→ STS 579/2017, 25 de octubre, FJ 2º: *“Lo que prima cuando se valora el régimen de custodia no es tanto el beneficio que proporciona la medida a los hijos, como el perjuicio que puede ocasionarles de acordarse. El beneficio se supone a partir de una reiterada jurisprudencia de esta sala que considera que la guarda y custodia compartida no es una medida excepcional, sino deseable en interés de los menores, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis.”*

→ STS 585/2015, 21 de octubre, FJ 6º *“... guarda y custodia compartida debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar; que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada”*

A modo de conclusión, destacar que el principio de interés superior del menor rige cualquier procedimiento de separación o divorcio cuando hay hijos menores, y así debe ser, pues está configurado como un principio general del Derecho y recogido dentro del artículo 1 del CC constituyéndose por tanto como fuente del derecho. Se pretende con él que el hijo sufra el menor perjuicio posible con la crisis matrimonial, puesto que es una situación de la cual no es culpable, pero la misma si es irremediable. Ante esta circunstancia sobrevenida en la pareja son los progenitores los que deben demostrar una voluntad y madurez suficientes para evitarle el perjuicio al menor, ya que en ocasiones los cónyuges resentidos y rencorosos entre sí

pretenden causar un daño al contrario sin observar el punto más débil y “confuso” del procedimiento, que se personifica en el hijo menor.

3.2.5. El Síndrome de Alienación Parental: Definido Darnall como “ *un conjunto de comportamientos que de manera consciente o inconsciente se generan y que provocan una perturbación en las relaciones entre el menor y el otro progenitor, generalmente el no custodio*”²⁸, aunque no sólo se ha pronunciado él sino que Pinto Andrade asegura que “*la custodia compartida es el medio para poner fin a dicho síndrome*”²⁹.

Se presentan dos posiciones contrapuestas ejecutadas por los progenitores, siendo uno de ellos el progenitor alienador o aquél que ejecuta cualquier artimaña para intentar alejar al menor del otro progenitor, esta figura suele ostentarla la madre del menor pues según estadísticas es la que consigue más pronunciamientos a su favor en materia de custodia exclusiva. Por otro lado, el progenitor alienado es aquél que sufre el rechazo del menor.

Los autores se pronuncian sobre los distintos niveles existentes dentro del SAP, como Garnerd que los clasifica en tres:

→ Rechazo leve: caracterizado por la expresión de signos de desagrado con el padre o la madre.

→ Rechazo moderado: distinguido por el deseo del menor de no ver a uno de los progenitores acompañado de aspectos negativos que justifican dicho deseo.

→ Rechazo intenso: el menor presenta comportamientos propios de una fobia e intenta evitar al progenitor rechazado afianzando los argumentos negativos hacia él, e incluso manifestando ansiedad en la presencia del mismo.

Los tribunales se han pronunciado en numerosas ocasiones sobre el SAP, y aunque es cierto que existe, ésto también se ve empañado por el hecho de que es un instrumento utilizado por padres maltratadores para evitar cualquier intento por separarlos de sus hijos y una posible privación de la patria potestad. Cabe destacar que existen sentencias en el ámbito penal que niegan la existencia del citado síndrome en casos de violencia de género, mas si bien nos centraremos en el ámbito civil y destacaremos sentencias a favor y en contra de existencia de alienación parental en el ámbito de un procedimiento de divorcio o separación, como son³⁰, la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo 114/2016, de 9 de junio, en la

28 Moreno, J.L. (2015) “*Prácticas alienadoras familiares*”, Editorial Gedisa, Barcelona,p.78

29 Pinto Andrade, C. (2009) *Los padres no se divorcian de sus hijos*, Bosch, Barcelona, p.308.

30 En el mismo sentido también se pronuncian entre otras la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas

que se revoca la decisión del Juzgado de Primera Instancia competente, que determinó la custodia exclusiva del padre, con concesión del régimen de visitas a la madre por la existencia de un síndrome de alienación parental, estableciendo que organismos tan importantes como la OMS no lo recogen como una alteración psicopatológica, y que aunque se diera por cierta la existencia de dicha alienación no tiene la misma entidad bastante como para que exista una modificación del régimen de guarda y custodia. De igual modo, la sentencia del Tribunal Supremo 519/2017, 22 de septiembre, en la cual tras el recurso de casación de la madre para la modificación del régimen de custodia compartida por el régimen de custodia exclusiva a favor de ella pues entre la menor y el progenitor existe total desavenencia y ello dificulta poner en práctica el régimen de custodia compartida. El tribunal establece que aunque es cierto que con 12 años la menor expresó, sin causa justificada, el deseo de no tener relación con su padre, debemos tener en cuenta que a esa edad por mucha madurez e inteligencia que posea el menor no puede decidir sobre un aspecto tan importante como es la relación con su padre, hasta el punto de excluirla sin causa justificada. Dicho tribunal establece la continuación del régimen de custodia compartida puesto que los hijos deben relacionarse con ambos progenitores por igual para desarrollarse social y personalmente.

Como conclusión decir que el Síndrome de Alienación Parental que fue definido hace más de treinta años por el profesor Richard Gardner, y que actualmente se multiplica por la insensatez de unos padres que llevan a cabo una serie de comportamientos³¹ para hacerse daño entre sí, reflejándose dicho daño del mismo modo en sus hijos pudiendo afectarle de modo severo en su desarrollo psicosocial ya que todo niño debe crecer con una figura paterna y materna firmes pues de ellas copiará, incluso de forma inconsciente, muchos perfiles que

Balears 286/2017, de 4 de septiembre; la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz 251/2017, de 19 de mayo; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria 149/2015, 24 de marzo, en la cual se otorga la custodia exclusiva al padre puesto que queda demostrada la obstaculización que lleva a cabo la madre para evitar que el menor y el padre se relacionen.

31 Entre los comportamientos que puede realizar el progenitor alienador están impedir visitas o el contacto telefónico con el otro progenitor, organizar diferentes actividades con los hijos durante el período que el otro progenitor debe ejercer su derecho de visita, interceptar el correo y los paquetes enviados a los hijos, tomar decisiones importantes sobre los hijos sin consultar al otro progenitor, desvalorizar e insultar al otro progenitor delante de los hijos y también en ausencia del mismo, y hablar de manera descortés del nuevo cónyuge del otro progenitor, entre otros. Los citados síntomas los analiza Tejedor Huerta, A. (2007) *El Síndrome de Alienación Parental. Una forma de maltrato*, Instituto de Orientación Psicológica Asociados, Madrid, p. 41-42.

serán la base para forjar su personalidad.

3.2.6. Asociaciones de padres y madres en favor de la custodia compartida

En España existen numerosas asociaciones de padres y madres que pretenden poner fin a la custodia exclusiva como APASAP (Asociación de Padres Afectados por el Síndrome de Alienación Parental) y asociaciones en apoyo a la mujer separada o divorciada (Asociación española de mujeres separadas y divorciadas), que entre otras, ofrecen información y ayudan a los progenitores que se pongan en contacto con ellas y se encuentren inmersos en procesos de divorcio o separación, al igual que son un modo de presión en los procedimientos de custodia compartida, especialmente en casos mediáticos.³²

Las citadas asociaciones realizan todo tipo de propuestas en favor de la custodia compartida y pretenden que se establezca la liquidación de la sociedad de gananciales al momento de la separación o divorcio, cuando éste sea el régimen por el cual los cónyuges se rigen, y con el objetivo de evitar conflictos posteriores. De igual modo solicitan que se modifique la ley 15/2005, que permite que uno de los progenitores se exima de todas las obligaciones, con excepción de las económicas, y reivindican poder seguir ejerciendo como padres y madres, pues el hecho de que se separen de su pareja no va ligado a la desvinculación con sus hijos. Por último, pretenden que se contemplen aspectos que no se recogen en la actualidad, como es el seguimiento de las sentencias en orden a su cumplimiento pudiendo privar de la custodia al progenitor que incumpla y dotando a los jueces de los mecanismos para hacerlo efectivo.³³

Como ejemplo a dichas asociaciones en la provincia de Jaén podemos destacar la Asociación Jiennense de Padres y Madres por la Custodia Compartida, cuyo portavoz D. Juan de Dios Molina Ortega declara que *“ante una ruptura matrimonial es intolerable que en los menores repercuta la misma y más aún si ésta genera la privación, parcial o total, de la relación del menor con uno de los progenitores. La custodia compartida abre un nuevo horizonte en este aspecto pues no se cercena la vida familiar sino que se alterna, evitando así que la relación del menor con el progenitor que no ostenta la custodia pueda llegar a*

32 Como el caso de Juana Rivas, una madre granadina que saltó a los medios de comunicación en el verano de 2017 por estar en paradero desconocido tras conocer que debía entregarle sus hijos al otro progenitor, de nacionalidad italiana y amparado por el Convenio de La Haya, algo a lo que ella se negaba por afirmar que éste estaba condenado por un agresión hacia ella en el año 2009.

33 <http://www.padresdivorciados.es/pdf/5-ideas-claves.pdf> (Diciembre 2017)

desplazarse hasta quedar en una mera visita o hasta la alienación, la cual no sólo afecta al progenitor que no habita con el menor sino también a su entorno familiar”³⁴.

A pesar de que las citadas asociaciones intentan trabajar en pro de la custodia compartida para ambos progenitores hay una parte de ellas que discrepan, como por ejemplo, Asociación de Mujeres Juristas “Themis”, que se muestra contraria a la atribución de la custodia compartida en ámbito judicial o a petición de uno solo de los cónyuges, y consideran necesaria la opinión del menor en el proceso y el acuerdo entre los cónyuges para que puedan intercambiar puntos de vista diferentes para llegar con autonomía de las partes (artículo 1255 Cc) a pactar lo relativo a las relaciones de éstos con el menor para ofrecerle estabilidad al mismo y evitar que sea utilizado como arma arrojadiza. También consideran que se está ofreciendo información adulterada a las mujeres para que acepten determinados convenios que suponen la pérdida de su vivienda y les causa empobrecimiento tanto a ellas como a sus hijos.

4. LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN LOS CASOS DE LACTANTES Y MASCOTAS.

4.1. Lactantes:

La llegada de la Ley 15/2005 resultó ser un impulso para la custodia compartida en España, se resolvieron en los tribunales muchos procedimientos de divorcio o separación en los cuales intervenían menores (algunos citados entre las sentencias anteriores) y el Tribunal Supremo desde dicho año se ha pronunciado sobre el uso de la vivienda, la pensión de alimentos o el interés superior del menor creando doctrina y adaptándose a los cambios sociales en procedimientos de custodia compartida en los que el hijo, a pesar de ser menor de edad puede contar con una independencia relativa³⁵, pero ¿Qué ocurre con un menor que no ha superado el tiempo de lactancia? ¿Podría acordarse un régimen de custodia compartida para él?. En la actualidad, la doctrina que encontramos sobre esta cuestión no es unánime pues existen autores que consideran únicamente la edad como causa suficiente para no contemplar la custodia compartida, mientras que para otra parte de la doctrina la edad no es circunstancia bastante para fijar uno u otro régimen de custodia, pues se pretende como objetivo la estabilidad del menor. Dicha doctrina no posee un criterio uniforme, pero a pesar de esto, si es

34 <https://www.youtube.com/watch?v=Rav3jrCbAGg&t=57s> (Diciembre 2017)

35 En lo que respecta a que es capaz de realizar cosas por sí solo, como por ejemplo, vestirse o comer.

cierto que para el establecimiento de uno u otro régimen de custodia debe prevalecer el interés del menor o “favor minoris”, especialmente en los casos de lactancia.

Son pocos los pronunciamientos que conceden la custodia compartida en procesos en los que intervienen menores lactantes pues actualmente existe una inclinación mayor hacia el no otorgamiento de la misma debido a la edad del menor, pero a pesar de que se conceda la custodia exclusiva de la madre, sí que se encuentran cada vez más pronunciamientos a favor de la pernocta del lactante con el padre, como son las Sentencias de la AP de Madrid 603/2016, 12 de julio , AP de Madrid 202/2016, 1 de Marzo, y por último, AP de Soria 97/2016, 8 septiembre.

La Organización Mundial de la Salud destaca que existe un periodo durante el cual el menor debe alimentarse con leche materna siendo éste los seis primeros meses de vida y de manera excepcional pudiendo extenderse hasta los 2 o 3 años de vida³⁶, criterio que acogen la mayoría de los tribunales para establecer un régimen de visitas ajustado a la alimentación del menor, el cual puede ir ampliándose progresivamente con el paso del tiempo y la evolución alimenticia del menor hasta alcanzar la distribución equitativa del tiempo. A pesar de lo afirmado ¿sería posible la custodia compartida desde el momento de separación de los progenitores y durante periodo de lactancia? Sí, existe un método por el cual a pesar de que el hijo lactante posea unos horarios alimenticios éstos pueden cumplirse estando en compañía del padre, lo que fue recogido en una sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Mataró en octubre del año 2016 que falló a favor de la custodia compartida de una menor lactante declarando que la madre debería extraer la leche materna, almacenarla y suministrarla al progenitor para que pudiera cumplir con la alimentación del menor a pesar de encontrarse éste en el periodo de lactancia.³⁷ Sí que es cierto que no en todos los casos puede llevarse a cabo puesto que depende de las circunstancias de cada caso, pero en la mayoría de ellos se solucionaría la controversia que causa este tema ya que la leche materna puede almacenarse y conservarse sin problemas e incluso congelarse durante determinados periodos de tiempo, tal y como establece la OMS.

En definitiva, destacar que a pesar de que es un tema controvertido posee muchas ventajas la atribución del régimen de guarda y custodia compartida en estos casos, puesto que ofrece al progenitor la posibilidad de compartir con su hijo los primeros meses de su vida de forma regular, del mismo modo hace que el lactante cree un vínculo con su padre al igual que

36 <http://www.who.int/topics/breastfeeding/es/> (Diciembre, 2017)

37 <http://www.elmundo.es/cataluna/2016/10/24/580ccfd2ca47419d628b45e2.html> (Diciembre 2017)

lo tiene con su madre, pues el tiempo que pasa con ambos es equitativo. Si es cierto que no en todos los casos se puede llevar a cabo de igual forma puesto que uno de los inconvenientes que podría destacarse es el hecho de que los progenitores posean la residencia habitual en localidades diferentes y alejadas, que carezcan de medio propio de transporte con el que desplazarse, etc. Actualmente, la jurisprudencia en su mayoría durante el periodo de lactancia otorga la custodia exclusiva a la madre y establece un régimen de visitas del padre, el cual se va aumentando progresivamente con el paso del tiempo³⁸. Sería conveniente que el Tribunal Supremo se pronunciara sobre ésta cuestión, evitando así pronunciamientos contradictorios de las Audiencias Provinciales y considerando que cada niño merece la máxima protección basándose en el interés superior del menor.

4.2. MASCOTAS:

Es frecuente la existencia de animales de compañía en las viviendas a los cuales se les llega a querer como un miembro más de la familia, pero ¿Qué pasa con ellos cuando el matrimonio se divorcia o la pareja de hecho se separa?

El 13 de febrero de 2017, el Congreso de los Diputados apoyó una proposición no de ley por la que se insta al Gobierno a promover reformas en el Cc para considerar a los animales como “seres dotados de sensibilidad” y evitar la consideración de cosas muebles y el posible embargo en un procedimiento judicial. Posteriormente, el 12 de diciembre de ese mismo año, la Cámara citada aprobó la admisión a trámite de la ya mencionada proposición de ley 122/134 de modificación del Código Civil, de la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, con ella se pretende, tal y como plasma su exposición de motivos, posicionarnos junto a países como Francia o Portugal donde los animales no son cosas, sino poseen la condición de “seres dotados de sensibilidad”³⁹. La reforma pretende asentar el principio por el cual la naturaleza de los

38 Para los bebés lactantes tal y como establece la jurisprudencia el régimen recomendable sería empezar con unas visitas frecuentes, tardes intersemanales de 17 a 19 horas, por ejemplo, y los fines de semana alternos sin pernocta, sábados o domingos de 10 a 14 horas, respetando los horarios y los rutinas del menor, y mantener este régimen durante los periodos de vacaciones. <https://www.lactapp.es/blog/separacion-con-ninos-lactantes-como-se-distribuye-la-custodia/> (Diciembre 2017)

39 Portugal lo introdujo ese mismo año entrando en vigor dicha reforma el día 1 de mayo de 2017. http://www.antena3.com/noticias/sociedad/que-pasa-con-las-mascotas-en-caso-del-divorcio-o-separacion-de-sus-duenos_2017051359171c860cf2a1da482f5ff5.html (Diciembre, 2017)

Por el contrario, Francia cuenta con algo más de tradición en esta materia pues su Código civil se reformó

animales es diferente a la que poseen las cosas, y con base a esto introduce normas que concretan el régimen de custodia de los animales en caso de ruptura matrimonial y que pondrán fin al problema que supone en un proceso de divorcio o separación la tenencia de un animal.

En lo respectivo al tema que nos afecta, los artículos que se pretenden reformar se concretan en cuatro:

→ El artículo 90 CC introduce una nueva letra c) relativa a los animales de compañía:

“c) El destino de los animales de compañía, caso de que existan, teniendo en cuenta el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal, pudiendo preverse el reparto de los tiempos de disfrute si fuere necesario.”

→ Se crea el artículo 94 bis CC:

“La autoridad judicial confiará los animales de compañía a uno o ambos cónyuges, atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal.”

→ Se introduce en el artículo 103 CC un nuevo apartado segundo:

“2.ª Determinar, atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal, si los animales de compañía se confían a uno o a ambos cónyuges, la forma en que el cónyuge al que no se hayan confiado podrá tenerlos en su compañía, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno.”

→ Por último, mencionar la introducción de un nuevo artículo 333 CC, del cual destacamos el primer párrafo:

“1. Los animales son seres vivos dotados de sensibilidad. Solo les será aplicable el régimen jurídico de los bienes en la medida en que sea compatible con su naturaleza y con las disposiciones destinadas a su protección.”

Con las citadas reformas podría aparecer regulado en la normativa, y aunque es cierto que existen algunas sentencias en las que los jueces se han pronunciado declarando la “tenencia temporal o disfrute temporal del animal”, también lo es el hecho de que dichos pronunciamientos se han llevado a cabo por los tribunales de primera y segunda instancia, por tanto no se ha creado doctrina por el Tribunal Supremo pues éste aún no se ha manifestado,

recogiendo éste aspecto en abril de 2014.

<http://www.m-x.com.mx/2014-04-15/francia-reconoce-juridicamente-a-las-mascotas-como-seres-vivos-dotados-de-sensibilidad/> (Diciembre, 2017)

pudiendo ésto ver su fin gracias a la proposición de ley comentada.

Nos remontamos al año 2011, en el que se dictó la primera sentencia en este tema por la sección segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz 48/2011, de 10 de febrero. En ella se dirime sobre la tenencia temporal de Lauda, un perro sin raza que fue recogido de la calle diez años atrás y que los cónyuges disfrutaron durante su convivencia, pero que tras su separación el que fue su marido se quedó con el animal impidiendo que lo viera. La demandante Francisca Barrios obtiene dicho disfrute temporal en una sentencia que hace numerosas alusiones al vínculo que se forma entre el hombre y el perro. Actualmente los pronunciamientos en favor de la tenencia compartida del animal dentro del proceso de divorcio o separación son escasos, pues los jueces ante la consideración de cosas que a día de hoy poseen los animales en el Código civil, fallan declarando que dicha cuestión se solventa en un procedimiento diferente al de divorcio o separación, a pesar de ésto existen sentencias como Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga 818/2016, 24 de noviembre en la que se establece la tenencia por periodos trimestrales.

Como conclusión, sostener que es un tema sobre el que no aparecen sentencias en las que apoyarnos, salvo las que pueden dictar Tribunales de Primera Instancia, del igual modo, consideramos que con la citada proposición de ley, además de adaptar el derecho a la realidad social e igualarnos a otros países, podríamos resolver los problemas que causa esta cuestión en los tribunales, pudiendo llegar a asentar doctrina mediante el pronunciamiento del Tribunal Supremo al respecto. De igual modo se resolvería cuestiones tanto de custodia del animal tras la ruptura, pudiendo otorgarse a un cónyuge o a ambos, con el respectivo régimen de visitas para el cónyuge que no ostente la custodia del animal, como de la manutención del mismo, pudiendo el juez decidir en base al bienestar del animal y al interés de la familia. Con anterioridad a ésta reforma, y ante la laguna jurídica existente en lo relativo al régimen jurídico de los animales, la decisión en materia de custodia quedaba en manos del juez. Desde el punto de vista práctico afirmar que existen casos en los que no se presentan controversias entre los cónyuges pues éstos con anterioridad hayan llegado a un acuerdo, incluso incluyéndolo en el convenio regulador como si de un menor se tratara. Si no es así, en ocasiones los jueces ante la existencia de un menor y una mascota en la familia el régimen de custodia y visitas del niño y la mascotas pueden ir unidos, pues se entiende que a pesar de que los progenitores crean un vínculo con la mascota prevalece el interés del menor y se considera mayor el bien que la mascota le causa a éste.

5. LA CUSTODIA COMPARTIDA EN EL DERECHO COMPARADO.

Tras el análisis realizado a la institución de la custodia compartida en España, cabe decir que no sólo aparece regulada por normativas nacionales sino que en el ámbito internacional nuestro país ha ratificado tratados que afectan a ésta materia como son, la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, y el Reglamento Comunitario nº 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

En el territorio de la Unión Europea conviven numerosos países, y a pesar de tener objetivos comunes en algunos aspectos si que es cierto que sus legislaciones son muy diversas, por lo que si nos centramos en la institución que analizamos podemos observar países como Francia, Italia o España cuyos ordenamientos jurídicos recogen de manera explícita la figura de la custodia compartida, mientras que las normativas de países como Alemania, Dinamarca o Bulgaria no lo incluyen como tal. A fin de tener una muestra de lo que ocurre en la Unión Europea en el citado ámbito realizaremos un análisis del derecho francés, italiano y alemán para acercarnos a las dos posturas que existen actualmente.

5.1. El derecho francés:

La legislación francesa recoge la responsabilidad parental en la Ley 2002-305 de 4 de marzo de 2002 que modifica un conjunto de artículos de su Código civil.

El término “*autorité parentale*” es empleado para definir “*el conjunto de derechos y deberes, de carácter tanto personal como material, que pretenden preservar el interés del menor*”⁴⁰. En la normativa española es lo que conocemos como “*patria potestad*” que aparece recogida en el artículo 154 del CC y que estará ejercida de forma conjunta tanto por el padre como por la madre al igual que en el país galo.

El ejercicio de la autoridad parental de forma conjunta aparece regulado en el artículo 372.º CC aunque dicho artículo también contempla excepciones a la misma⁴¹, como son:

40 Fragmento del artículo 371.1 CC francés

41 Aramburu Muñoz, I., Chato Franco, M., Martín María, B., y Pérez-Villa Aparicio, R. (2009) “*Estudio de derecho comparado sobre la regulación de la custodia compartida*”, Editorial Themis, Madrid, p. 35.

- En los supuestos de matrimonio o convivencia de los cónyuges la autoridad parental se ejercerá de manera exclusiva por aquél progenitor que haya reconocido de forma inicial la filiación del menor, por ambos progenitores cuando exista un reconocimiento conjunto de la citada filiación ante el Tribunal de “Grande Instance” o bien así lo establezca el Juzgado de Familia, y siempre en los siguientes casos:

- Cuando la filiación se establezca a un progenitores transcurrido un año desde el nacimiento del hijo cuya filiación se encuentre establecida respecto del otro progenitor.

- Cuando la filiación se declare judicialmente respecto del segundo progenitor del menor.

- En los supuestos de ruptura matrimonial o de la pareja. En Francia, tal y como ocurre en el derecho español, a pesar de existir un cese matrimonial el ejercicio de la autoridad parental no sufre cambios, es decir, será desempeñada de forma conjunta por ambos progenitores, si bien el Tribunal podrá otorgarla de forma exclusiva a uno solo de los progenitores siempre tomando como base el principio de interés del menor.

Tras la reforma sufrida en el Código civil por la citada ley del año 2002, los tribunales han pretendido mantener el principio de corresponsabilidad por encima de la disolución matrimonial mediante la imposición del ejercicio conjunto de la autoridad parental y la alternancia de residencia del menor en el momento de la ruptura, si bien es cierto que a pesar de dicha novedad en su Código civil, el derecho francés, a diferencia del español, no cuenta con un concepto similar al de guarda y custodia compartida pues en todo momento se refiere a “modalidades en el ejercicio de la autoridad parental”⁴².

Ante la inexistencia del citado concepto en la práctica la atención la debemos centrar en tres cuestiones a destacar que se derivan de la ruptura del matrimonio, como son:

- En primer lugar, el régimen alternativo de residencia de los hijos o “rèsidence alternèe” con el progenitor no conviviente, en el cual se hace a los progenitores el ofrecimiento para que lleguen a un acuerdo pudiendo éste ser rechazado por el juez si se percibe que no respeta el interés del menor o no garantiza el mantenimiento de los vínculos del menor con cada progenitor. Si los padres no consiguen el citado acuerdo será el juez del Tribunal de Familia que corresponda el encargado de fijar un sistema de residencia alterna durante un determinado

⁴² El CC francés se refiere a las “modalidades en el ejercicio de la autoridad parental” y establece en su artículo 373.2 que tanto el padre como la madre deberán mantener relaciones personales con el niño y respetar los vínculos que tiene éste con el otro progenitor.

periodo⁴³, tal y como establece el artículo 373.2.9 CC, así como deberá atender a una serie de circunstancias como son la práctica seguida por los padres o los acuerdos que hayan firmado con anterioridad, la aptitud de cada progenitor para el desempeño de los deberes que le son propios o los sentimientos de los menores, entre otras (artículo 373.2.11 CC)⁴⁴.

→ En segundo lugar, el uso de la vivienda familiar puede ser atribuida al cónyuge no propietario por parte del juez, siempre que el propietario reciba una compensación económica por habersele privado de su derecho de uso, y siempre en base a la situación financiera de cada cónyuge, en teoría es un arrendamiento forzoso en interés de los hijos fijados en dicha residencia, y así lo recoge el artículo 285.1 CC.

→ En tercer lugar, la pensión de alimentos que recibirá el menor por parte del padre como obligación de alimentar y mantener a sus hijos, aunque más que una mera obligación se sustenta en el vínculo de filiación existente entre el deudor y acreedor y con el objetivo de asegurarle una educación y desarrollo igual al que tendría si la ruptura matrimonial no se hubiera llevado a cabo. El hijo recibirá la citada pensión, en base a la necesidad del mismo y la capacidad económica del progenitor para proporcionársela, mientras sea menor de edad, y siempre que cumplida la mayoría de edad no sea independiente económicamente por seguir cursando estudios⁴⁵.

A modo de conclusión afirmar que del derecho francés parece desprenderse la idea de que el mismo posee un carácter potestativo en lo que a establecer la residencia alterna se refiere pero si es cierto que analizando las valoraciones que lleva a cabo el tribunal para decidir sobre el tema podemos observar que existe una coincidencia de éstas con la jurisprudencia española existente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 15/2005 de 8 de Julio, y en lo relativo a la vivienda familiar y la pensión de alimentos que asegura el mantenimiento de la familia, afirmar que la primera se otorga en base al principio del interés del menor, tal y como ocurre en nuestro país, pero se debe mencionar que se construye de modo distinto pues en España no se paga una renta al propietario sino que se establece una limitación temporal del uso de la vivienda con el objetivo de que en ese periodo fijado el cónyuge no propietario pudiera adaptarse al régimen de custodia y encontrar una nueva vivienda, y en lo que respecta a la segunda concretar que tiene la misma base que en el

43 Tras finalizar el periodo elige el juez si residencia alterna o exclusiva en el domicilio de uno de los progenitores.

44 Aramburu Muñoz, I., Chato Franco, M., Martín María, B., y Pérez-Villa Aparicio, R. (2009), *op. cit.*, p. 37.

45 http://ec.europa.eu/civiljustice/maintenance_claim/maintenance_claim_fra_es.htm (Diciembre 2017)

derecho español siendo ésta otorgada para asegurar que el menor pueda continuar con un nivel económico similar al que poseía antes de la ruptura matrimonial.

5.2. El Derecho italiano

A diferencia del caso español, tal y como hemos citado anteriormente, en el derecho italiano no aparece recogido como tal el concepto de “responsabilidad parental” mas si es cierto que la doctrina y jurisprudencia admiten la existencia de un “*conjunto de derechos y obligaciones que deben desempeñar los progenitores mediante la educación, el mantenimiento y la proporción de una guía moral a sus hijos*”⁴⁶ y es lo que denominan “*potestà genitoriale*”, que corresponde a los progenitores hasta que los hijos menores cumplan la mayoría de edad.

La titularidad de dicha potestad será ejercida por un solo progenitor, siendo el que haya reconocido al menor, o por ambos progenitores, siempre que convivan y hayan reconocido ambos al menor. En el caso de que los progenitores no convivan la potestad corresponderá a aquél con el cual el menor cohabite y si no existe tal cohabitación, la ejercerá el primer progenitor que haya reconocido al menor. Siempre que el juez considere y actuando en beneficio exclusivo del menor podrá excluir del ejercicio de dicha potestad a ambos progenitores mediante el nombramiento de un tutor.

El ejercicio de la “*potestà genitoriale*” se ejercerá de modo diferente según la situación en la cual se encuentren los progenitores, existiendo los casos siguientes:

- Supuesto de matrimonio o convivencia

Cuando entre los progenitores exista cohabitación el ejercicio de la citada potestad se desempeñará de forma conjunta por ambos y existiendo común acuerdo, tal y como establece el artículo 316 CC.

- Supuesto de ruptura del matrimonio o de la pareja
En los casos de separación y divorcio la “*potestà genitoriale*” será otorgada a ambos pues así versa el artículo 317.2 CC, siendo de común acuerdo por ambos las decisiones de especial trascendencia que afecten a los menores. Si dicho acuerdo no es posible, será el juez el que tomará la decisión oportuna.

46 Fragmento obtenido del artículo 30 de la Constitución italiana

Existe una similitud entre los sistemas español e italiano en este aspecto pues consideran dicha potestad como el conjunto de derechos y deberes que desempeñarán ambos progenitores aún existiendo ruptura o cese en el matrimonio, y dentro de éstos una parte coincide con la administración ordinaria del menor, es lo que toma el nombre de “custodia” en la normativa española mientras que en la regulación italiana se le conoce con el nombre de "affidamento".

- Regulación de la custodia

Existen dos leyes dentro del derecho italiano que marcan la cuestión que abarcamos y la dividen en dos periodos, como son:

→ Desde la entrada en vigor de la Ley nº 898, de 1 de diciembre de 1970, por la cual se introdujo el divorcio, hasta el año 2006: Los regímenes que coexistían en Italia hasta el año 2006 eran, el primer lugar, el “affidamento congiunto” que a pesar de su nombre guarda mas similitud con el concepto de patria potestad de la regulación española que con el propio de “custodia compartida”, en segundo lugar, “affidamento alternato” o custodia alterna, que exigía que el menor tuviera una convivencia por periodos alternos con uno u otro progenitor⁴⁷.

→ Tras la Ley 54/2006 de 8 de febrero: Con ella se lleva a cabo una reforma que cambia los regímenes de custodia recogidos por la legislación italiana pasando a ser dos, al igual que con la anterior, pero con características y denominación diferente. El primer régimen es el “affidamento condiviso” o cuidado compartido de los menores, es decir, que ambos padres de modo conjunto participen de forma activa en la crianza, cuidado y educación del hijo. Mientras que el segundo régimen consistiría en el “affidamento esclusivo” o custodia exclusiva del menor, un progenitor posee la custodia frente al otro que mantendrá una relación continuada y equilibrada con el menor, tal y como queda establecido en el derecho español como régimen de visitas para el progenitor no custodio.

Los cuatro tipos de “affidamento” citados poseen características dignas de ser mencionadas:

→ “Affidamento condiviso”: Se recoge en la nueva redacción del artículo 155 CC y consiste en que el juez estima la posibilidad de que se establezca dicho régimen en el

⁴⁷ Ambos regímenes aparecen recogidos en el artículo 6 de la Ley de divorcio italiana del año 2006.

momento de regular los efectos de la separación, el cual permite a ambos cónyuges participar de forma activa en el cuidado crianza de los menores tomando como principio rector el interés del menor sobre el de sus progenitores a fin de evitar que las consecuencias que se derivan de la crisis matrimonial se puedan reducir lo máximo posible.

→ “Affidamento congiunto”: Es uno de los dos regímenes que existían en la regulación italiana con anterioridad a la reforma del año 2006, y que a pesar de aparecer el término “congiunto” en su denominación guarda mas similitud con la figura de la patria potestad del régimen normativo de España, pues ambos progenitores poseen una serie de derechos y obligaciones que deberán ejercer de forma conjunta. Ésto no siempre ha sido así pues antes de la reforma sufrida la Ley 74/1987 en caso de separación o divorcio dicha potestad podía atribuirse de forma exclusiva a un solo cónyuge, mientras que el otro carecía de régimen alguno de visitas y unicamente tenía derecho de información y comunicación respecto de su hijo.

→ “Affidamento alternato”: Esta clase de “affidamento” requiere que se produzca una alternancia de periodos de convivencia con uno y otro progenitor, pudiendo hacerse efectiva mudándose el menor al domicilio de cada uno de los padres o, por el contrario, siendo los progenitores los que se alternan por periodos para cohabitar con el menor en el domicilio que fuera común⁴⁸. Según la opinión del Profesor Luigi Fadiga, Presidente de la Sección de Menores y Familia del Tribunal de Apelación de Roma, el “affidamento congiunto” que se regula en la Ley de Divorcio de 2006 es similar aunque no idéntico al “affidamento condiviso” regulado en el artículo 155 Cc. A pesar de contemplarse en la normativa la jurisprudencia italiana es reacia a la aplicación del mismo pues considera que no protege el interés del menor y presenta una amenaza para la crianza del mismo pues se pone en peligro su estabilidad, tanto es así que no fue hasta el año 2003 cuando se estableció por primera vez en una sentencia considerándose como positivo para el interés del menor.

→ “Affidamento esclusivo”: Esta modalidad se encuentra en contraposición con el “affidamento condiviso” pues atribuye al juez la potestad de otorgar la custodia de los menores a uno de los progenitores, a petición de parte o bien de oficio, y siempre que se considere y así se motive de forma debida que la atribución de la custodia al otro progenitor pueda perjudicar el interés del menor, el cual será tomado en consideración con carácter

4 8 Aramburu Muñoz, I., Chato Franco, M., Martín María, B., y Pérez-Villa Aparicio, R. (2009) op. cit. , p. 48.

primario pues así aparece recogido tanto en el citado artículo 155 Cc como en los artículos 9.3 y 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

El legislador italiano posee una total discrecionalidad en el momento de decidir en cada caso el sistema de custodia más apropiado tomando como premisa el “exclusivo interés del menor” y analizando para ello, los medios de prueba que estime oportunos, como puede ser, la audiencia del menor, si fueran mayores de 12 años o menores si tuvieran juicio suficiente⁴⁹. Por otro lado, en lo relativo a la atribución del domicilio conyugal el juez competente cuenta con unas pautas a seguir para llevar a cabo tal decisión, mas debe tener en cuenta también el “interés del menor”.

En la normativa italiana y coincidiendo con la legislación española podemos afirmar que algunos autores mantienen que existe el derecho de visitas de los abuelos en favor de sus nietos⁵⁰, del mismo modo que regulan la atribución de la vivienda familiar y el mantenimiento familiar que se pretende con la pensión de alimentos. Con respecto a la primera citada, se recoge en el artículo 155 quarter del Cc que tiene como sustento para el otorgamiento de la misma el interés del menor, que es lo que deberá tener en cuenta el juez al momento de decidir. Una peculiaridad del citado artículo es que establece que dicho derecho se desvanece para el caso de que el adjudicatario no habite la vivienda, inicie una convivencia *more uxorio* o bien contraiga matrimonio posterior, algo que no recoge como tal el Código civil español, aunque sí aparece citado por autores como Lucini Casales (1989)⁵¹. En lo relativo a la pensión de alimentos mencionar que los padres independientemente de la ruptura producida siguen teniendo obligación de mantener a sus hijos, y ésto en el derecho italiano se sustenta sobre los mismo requisitos que en el español para la prestación, pues el juez deberá tener en cuenta el principio de proporcionalidad, el nivel de vida del que disfrutaba el menor antes del fin del matrimonio, la capacidad económica de los progenitores y las necesidades del hijo. En Italia, Tal y como ocurría en España antes de la introducción de la figura de custodia compartida, el modelo que se imponía en la práctica era el mantenimiento del menor a cargo del progenitor

49 En España también se recoge en el artículo 770.4 LEC y en el artículo 18 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

50 Padalino, C. (2006) “*L’affidamento condiviso dei figli. Commento sistematico delle nuove disposizioni in materia de separazione dei genitore e affidamento condiviso dei figli*”, Turín, pág. 2.

51 Lucini Casales, A. (1989) “*La vivienda familiar en el régimen del código civil reformado. Especial referencia a los actos dispositivos sobre la misma*”, Conferencia en el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Madrid, p.29

no custodio sobre el que recaía toda la carga, con suerte ésto se ha superado pues la citada institución atiende al principio del interés del menor. El artículo 155 quinquies del Cc regula la pensión de los mayores de edad y los incapaces, disponiendo para los primeros la misma de forma periódica y en todo caso oportuna cuando convivan independientemente por razón de sus estudios, mientras que para los segundos establece que se regirán por lo contenido en las disposiciones que se establecen para los hijos menores.

Una de las novedades que implanta la Ley del año 2006 es la introducción de mediación como modo de resolución de conflictos en el seno familiar y con el fin de establecer el régimen de custodia más adecuado mediante el acuerdo de ambos⁵².

En consecuencia con todo lo expuesto podemos concluir afirmando que la legislación italiana en tanto a lo relativo a la custodia de los hijos, no impone a los cónyuges ningún sistema pero sí recomienda con carácter prioritario el "*affidamento condiviso*", así como, prevé expresamente la posibilidad de fijar un régimen de "*affidamento alternato*" aplicado por los Tribunales con carácter excepcional. En lo que respecta a la vivienda familiar y el mantenimiento de los hijos con posterioridad a la ruptura matrimonial mencionar que guarda gran relación con el derecho español, pero si es acertado destacar que en nuestro país para la extinción del uso de la vivienda al adjudicatario es necesario la solicitud al juzgado de la misma y aunque es cierto que existen sentencias en las que se materializa, es una cuestión controvertida pues no tenemos un artículo donde se plasme en su conjunto.

5.3.El derecho alemán.

En su Código Civil, "*Bürgerliches Gesetzbuch*" (en adelante *BGB*), recoge el concepto de responsabilidad parental que comprende la obligación de vigilar, representar y cuidar tanto al hijo como sus bienes, así como el derecho del menor de ser educado sin violencia.⁵³

En los supuestos en los que se mantiene la unión matrimonial la responsabilidad parental sobre los hijos la ejercerán ambos⁵⁴, mientras que en los supuestos no matrimoniales corresponderá a la madre la titularidad de la responsabilidad parental, salvo que, los

⁵² En España se recoge en la exposición de motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio, mientras que en Italia aparece en su artículo 155 sexies del Código civil.

⁵³ Artículo 1631.2 BGB "Todos los niños tienen el derecho a gozar de una educación sin violencia siendo inadmisibles el castigo físico-corporal, el menoscabo psicológico y la humillación denigrante".

⁵⁴ La patria potestad la ostenta la madre siempre en la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos, independientemente de que en esos países se encuentre regulada la custodia compartida, y el padre la ostentará en caso de matrimonio

progenitores contraigan matrimonio entre sí, o bien, que se produzca una declaración conjunta de ambos cónyuges de asumir dicha responsabilidad.

Cuando se produce la separación de los cónyuges de forma definitiva, se mantendrá la responsabilidad parental compartida, mas si bien cada uno podrá solicitar el ejercicio exclusivo de dicha responsabilidad al Tribunal, el cual deberá acceder a la petición siempre que el otro progenitor presente su consentimiento, su hijo mayor de 14 años lo mantenga y sea lo más beneficioso para el menor, pues el interés del menor es el objetivo a conseguir.

En el caso de que se acuerde finalmente la responsabilidad parental exclusiva, afirmar que el progenitor que no la ostente poseerá un derecho de información, derecho a mantener el contacto y derecho a la comunicación con los menores.

En los supuestos de ruptura matrimonial, ambos progenitores decidirán sobre aspectos de fundamental importancia para la vida del hijo, mientras que el que ostente la responsabilidad exclusiva adoptará decisiones sobre asuntos de la vida cotidiana, que son aquellos que forman parte de la vida del menor con frecuencia y no perturban su desarrollo, tal y como recoge el BGB.

En el derecho alemán también se recoge la pensión de alimentos en favor de los hijos menores tras la separación o el divorcio siempre que éstos no puedan mantenerse por sí solos⁵⁵. Al igual que en España dicha obligación se determina atendiendo a la capacidad económica de los cónyuges, pero con la particularidad de que dicha capacidad se calcula al alza, es decir, no se determina de acuerdo a los ingresos de los que dispone sino los que se podrán obtener⁵⁶. En teoría, los progenitores deberían contribuir de forma equitativa en función de sus ingresos, pero el artículo 1606.3 del Cc determina que el progenitor custodio ya ejerce ese pago mediante el cuidado y asistencia que le ofrece al menor.

Como conclusión afirmar que la normativa alemana no recoge de manera expresa la posibilidad de residencia alterna del menor con cada uno de los progenitores, pero esto no quiere decir que esté prohibido, pues los progenitores de mutuo acuerdo pueden adoptar este sistema. De igual modo destacar que se sigue el mismo parámetro que en el derecho español para el establecimiento de la pensión alimenticia aunque con excepciones, puesto que en nuestro país se determina la capacidad económica real de los progenitores. En mi opinión, Alemania es el país, de los expuestos en este apartado, que en comparación con el nuestro más cuestiones contrapuestas ofrece, pues al no contener la institución de guarda y custodia compartida hay supuestos que no abarca, como por ejemplo, la atribución de la vivienda

55 Artículo 1602 Cc

56 Artículo 1603 Cc

familiar al menor en pro de su interés o bien a su progenitor custodio con una limitación temporal o hasta que se produzca la liquidación del régimen de sociedad de gananciales. Para finalizar, destacar que el modelo de guarda y custodia compartida es el que actualmente se adapta a la realidad cambiante y social en la que nos encontramos ya a la que debemos adaptarnos, algo que gracias a ésta institución podemos conseguir pues pretende una relación con ambos cónyuges por igual, para que puedan contribuir a la educación del menor y a la formación de su personalidad evitando el pensamiento único y con ello el posible origen del Síndrome de Alienación Parental, así como la posibilidad de que la mujer disponga de más tiempo para realizarse personal y profesionalmente.

6. CONCLUSIONES

Primera: La guarda y custodia compartida nació con la Ley 30/1981, de 7 de julio, que introdujo el divorcio, y se ha ido adaptando a la sociedad por las numerosas leyes que a través de los años han entrado en vigor y han modificado este régimen dotándolo de mayor flexibilidad y haciendo que en el proceso exista un equilibrio entre el papel que posee la madre y el que posee el padre como progenitores dotados de aptitud para el desempeño de las funciones que le son propias.

Segunda: Las Comunidades Autónomas con derecho foral son unas aventajadas en comparación con el resto pues en sus normativas ya regulan pautas y directrices para establecer que los jueces que ejercen sus funciones dentro del territorio de las mismas, establezcan la custodia compartida. En este aspecto fue pionera la comunidad aragonesa pues en el año 2010 aprobó su primera ley relativa a la citada materia, mientras que la última en incorporarse a este grupo ha sido la Comunidad Autónoma vasca en el año 2015.

Tercera: En atención al principio del interés del menor destacar que debe primar sobre cualquier otro que intervenga en el procedimiento de guarda y custodia compartida, pues así se pretende la protección del hijo y con el citado régimen mantener la unión familiar y las relaciones del menor con ambos progenitores para poder llevar a cabo su desarrollo personal. Sobre este principio también se debe apoyar el régimen de estancia de los progenitores y el régimen de visitas de los abuelos del menor. El primero es irrenunciable pues no sólo afecta al progenitor sino que también se refleja en el hijo menor como derecho de éste a relacionarse y comunicarse con aquel padre

no conviviente. En lo relativo al segundo, es un derecho controvertido en los tribunales, pero que a pesar de esto se trata de buscar la felicidad del menor y su interés, con independencia de las relaciones familiares existentes entre progenitores y abuelos.

Cuarta: En cuanto a la pensión de alimentos y el uso y disfrute de la vivienda familiar en el régimen de la custodia compartida conviene destacar, respecto a la primera, y pesar de la creencia social de que en este régimen se elimina la obligación de contribuir con la pensión de alimentos, no es así, pues se debe atender al menor y cubrir sus necesidades, bien por parte de ambos cónyuges, o por parte de uno de ellos, siempre y cuando el otro no tenga suficiente capacidad económica para soportarlo, y en atención a la segunda, señalar que aunque es posible que se atribuya al menor siendo los cónyuges los que se turnen por periodos de tiempo lo normal es que se atribuya al cónyuge más necesitado de protección siempre que no se perjudique el interés del menor. Esto puede generar que la vivienda quede atribuida a un progenitor quedando el otro desposeído de su derecho (pues puede ser suya la vivienda o tener parte siempre que esté afecta al régimen de sociedad de gananciales), por lo que para poner fin a este conflicto la jurisprudencia ha establecido un límite temporal al uso de la vivienda, sobre el que se pronuncia el Tribunal Supremo, con el objetivo de que el progenitor más necesitado de protección pueda durante ese tiempo adecuarse al régimen de guarda y custodia compartida y encontrar una nueva vivienda.

Quinta: En lo que respecta al Síndrome de Alienación Parental destacar que con la custodia compartida puede llegar a erradicarse pues se pretende que los progenitores mantengan una relación si no buena, al menos correcta por el bien del hijo y no caigan en comportamientos que denigren al otro progenitor pues el daño que se le causa al hijo es mayor que el que se le causa al progenitor alienado, ya que se le está apartando de una figura que tan necesaria es para su formación, tanto si es la del padre como la de la madre. Se hace latente el aumento de asociaciones que apoyan la custodia compartida en España y que ofrecen razones para su establecimiento en pro del menor, aunque no todas están a favor de su atribución judicial pues consideran que debería primar más el acuerdo entre cónyuges y el interés del menor para conseguir evitar los litigios en vía judicial.

Sexta: Los lactantes en custodia exclusiva se atribuían a la madre, pues se consideraba la más apta para el cuidado del niño en los primeros meses de vida, pero con la llegada de la custodia compartida y los nuevos métodos existentes para la extracción y almacenamiento de leche materna, la doctrina se comienza a cuestionar si es posible el establecimiento de éste régimen para niños menores de 2 años en periodo lactante, existiendo pronunciamientos tanto a favor como en contra. Actualmente, y ante la inexistencia de una ley que regule la custodia compartida, son pocos los pronunciamientos judiciales que fallan a favor de la misma en lactantes, pero si se pueden encontrar cada vez mas sentencias que se inclinen hacia la atribución al padre de la pernocta con el menor.

Séptima: La actualidad de la regulación de custodia compartida se fija tanto en el anteproyecto de 2013 como el anteproyecto de ley 122/134 para el régimen juridico de las mascotas. En el primer caso y tras cuatro años desde que se promulgó, se hace cada vez mas patente el “desvanecimiento” de éste proyecto pues no ha llegado ni al Congreso de los Diputados, por lo que nos hace ser pesimistas al pensar en todo lo positivo que éste hubiera traído consigo en lo relativo a la custodia compartida, entre otras cosas unas directrices mas claras para que los tribunales emitan pronunciamientos mas uniformes en esta materia. Por otro lado, y en una actualidad manifiesta encontramos el anteproyecto de ley 122/134 para el régimen juridico de las mascotas, que trae una adaptación de nuestro país al entorno europeo y comienza a considerar a los animales como “seres dotados de sensibilidad” lo que repercute no sólo en la materia de custodia compartida y régimen de visitas sino en otras como puede ser la inembargabilidad de los mismos. Como conclusión final destacar que todo lo que se legisle para intentar adaptar la materia tratada, no sólo a nuestro entorno europeo sino también al nacional, puesto que las Comunidades Autónomas con derecho propio nos llevan gran ventaja en este ámbito (Anexo estadístico 3), debe acogerse y debe impulsarse para que pueda entrar en vigor puesto que el derecho es adaptación y la adaptación es a la vez progreso, encontrándose éste en la custodia compartida pues pretende que ambos progenitores contribuyan de igual forma a la realización cultural, personal y profesional del menor.

AL JUZGADO DECANO DE PRIMERA INSTANCIA DE JAÉN

D. Manuel Rodríguez García, Procurador de los tribunales, en nombre y representación de D. Antonio Segura Jiménez, mayor de edad, con domicilio en Jaén, calle Cristo Rey, nº 104, 9ºA, cuya representación acreditaré mediante comparecencia apud acta ante el Letrado de la Administración de Justicia cuando sea requerido para ello, con asistencia del letrado Dña. María de Nazareth Alcázar Jiménez, del Ilustre Colegio de Abogados de Jaén, comparezco y como mejor proceda en derecho, DIGO:

Que por medio del presente escrito y siguiendo instrucciones expresas de mi mandante, interpongo DEMANDA DE JUICIO DECLARATIVO EN SOLICITUD DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS DEFINITIVAS DE DIVORCIO, contra Dña. María del Rosario Gómez Sánchez, mayor de edad, con domicilio en Jaén, calle Ramón y Cajal, nº243, 10ºC. La presente demanda se basa en los siguientes

HECHOS

PRIMERO.- En fecha de 7 de noviembre de 2016 se dictó por el Juzgado nº 6 de Jaén sentencia firme en el seno del procedimiento de divorcio contencioso 114/16, que se aporta como documento 1, lo que atribuyó tanto a mi mandante como a la demandada la condición legal de divorciados y fijó una serie de medidas de carácter definitivo, de las que cabe destacar: la atribución del uso del domicilio y ajuar conyugal al hijo menor edad, Jesús Segura Gómez, el cual convivirá junto a su madre en el citado domicilio; el ejercicio de la patria potestad de forma conjunta por ambos progenitores sobre el menor, quedando la guarda y custodia atribuida a la madre y fijando para el padre un régimen de visitas de forma alterna y fuera del domicilio conyugal, por ultimo, se establece para el padre una pensión alimenticia en favor el hijo de 400 €.

SEGUNDO.- Siguiendo lo expuesto con anterioridad, debemos considerar respecto a las medidas que se adoptaron en sentencia de divorcio y fundándolas en la modificación del

régimen de guarda y custodia fijado en relación al hijo menor de edad, que tienen un carácter eventual y que su validez y eficacia se rige por el principio “rebus sic stantibus”, cuyo significado se refiere a que en el momento en que se produzca un cambio o variación sustancial de la situación existente éstas pueden ser modificadas y adaptadas a la realidad nueva. Tras apreciar por transcurso del tiempo una variación de las circunstancias, se debe realizar un examen para acreditar las mismas pues éstas son posteriores a la sentencia de divorcio. La citada alteración además debe resultar más beneficiosa para el menor pues debe prevalecer en dicho cambio el principio constitucional “favor filii”, el cual se plasma también en la actuación judicial pues en el caso de la existencia de pactos o estipulaciones que resulten lesivos para el menor o no persigan el interés del mismo no serán homologables.

Para el caso que nos ocupa, mencionar que nuestro representado D. Antonio Segura Jiménez ocupa la posición de padre del menor, y asegura que ha venido observando en conversaciones con el menor durante los periodos en los que está bajo su custodia sentimientos negativos hacia él, tales como: miedo del niño al desafecto por parte del padre, sentimiento de culpa porque el padre se aleje de su cariño o sentimientos de suplantación y negación de la figura paterna. Atendiendo a dichos sentimientos podemos considerarlos como un grave problema para el desarrollo tanto personal como social del menor, el cual necesita de ambos padres y de los respectivos papeles que toman en la educación del menor.

De modo que calificamos las conductas descritas como el “Síndrome de Alienación Parental (SAP)” sobre el que se pronuncian numerosas sentencias y se define como “un conjunto de comportamientos que de manera consciente o inconsciente se generan, los cuales transforman la conciencia de los hijos y que provocan una perturbación en las relaciones entre el menor y el otro progenitor, generalmente el no custodio”.

Mi mandante observa de forma notoria que su hijo está manipulado tanto por la madre como por el entorno de la misma, y el menor recibe de parte de los mismos comportamientos frívolos y alejados de la realidad que hacen que se proyecte por parte del mismo hacia el padre una denigración de su figura. Los citados sentimientos negativos también se extienden al entorno familiar mas cercano de mi representado, en especial los abuelos paternos, que también observan que tras pasar el menor periodos con la madre, suponiendo éstos la mayor parte del tiempo pues tiene la custodia atribuida, se acentúan hacia el padre y familia estos sentimientos negativos e injustificados hacia él, haciendo que el padre sienta que está perdiendo a su hijo para siempre pues la influencia negativa que recibe es cada vez mayor sintiendo miedo de que pueda volverse irreversible.

Pretendemos atender a las circunstancias existentes y modificar el régimen la guarda y custodia haciendola compartida con el unico fin de buscar un mejor ambiente que promueva el

desarrollo de las facultades intelectuales, afectivas y volitivas del menor, así como garantizar a mi representado la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones que se desprenden de la responsabilidad parental que le corresponde e intentar fomentar una actitud mas abierta del menor frente al divorcio evitando sentimientos de culpa y situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte del entorno de la madre.

El principio básico que rige esta materia es el “favor minoris” recogido en el artículo 39 de la Constitución Española el cual obliga a atemperar el contenido de la patria potestad en interés de los menores, hacia lo que les resulte mas beneficioso, por lo que los padres en este caso deben limar asperezas para establecer una vía de comunicación que facilite el desarrollo del afecto del menor hacia los progenitores.

TERCERO.- En atención a lo expuesto y para valorar la “causa variandi” en relación con las medidas definitivas que se acordaron en la sentencia de divorcio es necesario atender a los elementos que concurren en el caso buscando el beneficio del menor para su desarrollo integral ponderando las necesidades del menor y fomentando un clima de equilibrio que potencie dicho desarrollo. Por todo ello y con el único fin de salvaguardar el beneficio del menor solicitamos la modificación de la guarda y custodia del menor entendiendo que debería ser compartida por ambos progenitores por periodos de 6 meses cada uno de ellos, manteniéndose para el resto del tiempo un régimen de visitas acordado en la sentencia de divorcio siendo éste de fines de semana alternos desde la 17 horas del viernes a las 20.30 del domingo, así como los Martes y jueves desde las 17 horas a las 20.30, siempre que no entorpezca la realización de actividades extraescolares por parte del menor. Las vacaciones de Navidad, Semana Santa y Verano serán repartidas por mitad correspondiendo a la primera mitad desde el día 22 diciembre a la salida del colegio hasta el día 31 del mismo por la mañana y desde dicho día 31 de diciembre por la mañana hasta el día 6 de enero a las 20.30 horas, en el caso de la Navidad. Para las vacaciones de Semana Santa los días se repartirán desde el Viernes de Dolores a la salida del colegio hasta el Miércoles Santo a las 13.00 horas y la segunda parte comenzaría a las 13 horas del Miércoles Santo y finalizaría a las 18 horas.

Por ultimo, las vacaciones de verano serán los meses de julio y agosto repartidos en cuatro quincenas correspondiendo a un progenitor las dos primeras de cada mes y al otro las dos segundas, siendo la hora de recogida a las 11.00 horas y la de vuelta a las 21.00 horas.

En lo relativo a la comunicación telefónica con el menor se podrá realizar ésta con total libertad siempre que se respete el horario de descanso o estudio del menor. Para el caso

de que en periodo de vacaciones se marchara de viaje, ambos progenitores se facilitarán un teléfono de contacto para hacer efectiva la pertinente llamada, dentro de los criterios de flexibilidad y atendiendo al interés del menor.

A consecuencia del régimen que se pretende establecer la pensión de alimentos fijada para el padre con una cuantía de 350 € deberá quedar revocada, pues cada progenitor se hará cargo de las atenciones alimenticias de su hijo menor, pues así lo recogen los artículos 142 y siguientes del Código Civil, durante el tiempo que esté bajo su cuidado; si bien los gastos extraordinarios tales como gastos escolares no ordinarios (matriculas, clases particulares y actividades extraescolares necesarias) y gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social serán satisfechos por ambos progenitores por mitad.

En lo relativo al uso de la vivienda familiar y con el fin de buscar el interés superior del menor, será éste quien permanecerá en la vivienda donde reside, pues es en el ámbito en el cual el menor se encuentra integrado, siendo los padres los que deberán turnarse por periodos de 6 meses, pues del mismo modo el domicilio familiar integra la sociedad de gananciales que aún no ha sido disuelta por lo que pertenece a ambos progenitores por mitad. La citada situación, la cual sigue el principio “favor minoris” y pretende la mayor estabilidad del menor, se mantendría hasta el día en el que se proceda a la venta del inmueble o a la liquidación de la sociedad de gananciales.

Resultando aplicables a los citados hechos los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- Jurisdicción. Los artículos 9.2, 21,22.3 y 85 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, modificada a su vez por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, dicen que: Los Tribunales y Juzgados de orden civil conocerán, además de las materias que le son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional.

II.- Competencia. Resulta competente para conocer de la presente demanda el Juzgado de Primera Instancia y de Familia de Jaén al que nos dirigimos en virtud de lo dispuesto en los artículos 36 y 769.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues representa el juzgado del lugar del último domicilio común de los progenitores.

III.- Legitimación. Según los artículos 10 y 775.1 de la LEC están legitimados de forma activa y pasiva los cónyuges al ser ambos parte en el procedimiento de divorcio donde se fijaron las medidas cuya modificación se insta, y en aplicación del artículo 749.2 de la LEC deberá intervenir el Ministerio Fiscal al tratarse de un procedimiento en el que uno de los interesados sea menor de edad.

IV.- Procedimiento. La presente demanda deberá sustanciarse por los trámites prevenidos, conforme dispone el artículo 775 en relación con el artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que permiten solicitar la modificación de las medidas definitivas acordadas en sentencia de separación o divorcio cuando hayan variado sustancialmente las circunstancias que se tuvieron en cuenta para aprobarlas o acordarlas.

V.- Fundamentos jurídicos-materiales. Resultan aplicables los preceptos siguientes:

Primero. De la Ley de Enjuiciamiento Civil serán aplicables los artículos 753, 770 y 775 que permiten mediante sustanciar por los trámites del juicio verbal la modificación de medidas definitivas acordadas o adoptadas en las sentencias de separación o divorcio cuando hayan variado sustancialmente las circunstancias que determinaron su adopción. Asimismo será de aplicación el artículo 749.2 de la citada ley en cuanto a la intervención del Ministerio Fiscal, al tratarse de un procedimiento en el que alguno de los interesados sea un menor.

Segundo. Respecto al carácter sustantivo de los preceptos que fundamentan la modificación de las medidas definitivas aprobadas judicialmente que se solicitan, se aplicarán del Código Civil los artículos 91, 92, 93, 94, 96 y 103.

En especial el artículo 92 en su apartado 2, 5, 8 y 9.

2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.

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

8. 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.

9. 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.

Igualmente son de aplicación algunas sentencias, las cuales sientan jurisprudencia en esta materia; hemos de destacar, entre las más recientes, las siguientes:

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga 113/2017, 8 de Febrero, (FJ 6º): "El denominado síndrome de alienación parental, conocido como el conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor, mediante distintas estrategias, transforma la conciencia de sus hijos con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor, hasta hacerla contradictoria con lo que se esperaría de su condición, logrando provocar el progenitor alienador mediante un mensaje y un programa constituyendo lo que normalmente se denomina "lavado de cerebro", desarrollando los hijos que sufren este síndrome un odio patológico e injustificado hacia el progenitor alienado."

Sentencia del Tribunal Supremo 263/2016, 20 de Abril, (FJ 5º): "se hace preciso decidir la cuestión suscitada atendiendo a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente elementos tales como las necesidades de atención, de cariño, de alimentación, de educación, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo."

Sentencia del Tribunal Supremo 579/2017, 25 de Octubre, (FJ 2º): "Lo que prima cuando se valora el régimen de custodia no es tanto el beneficio que proporciona la medida a los hijos, como el perjuicio que puede ocasionarles de acordarse. El beneficio se supone a partir de una reiterada jurisprudencia de esta sala que considera que la guarda y custodia compartida no es una medida excepcional, sino deseable en interés de los menores, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis."

Sentencia del Tribunal Supremo 576/2014, 22 de Octubre, (FJ 3º): "adoptándose el sistema de custodia compartida, el hijo queda en compañía de ambos cónyuges, no constando

que la madre precise de una protección especial ... Es decir, la vivienda que fue familiar queda sin adscripción expresa dado que ambos padres tienen la custodia y no consta que la madre necesite una especial protección, así que quedará sometido el inmueble al correspondiente proceso de liquidación. ”

Sentencia del Tribunal Supremo 519/2017, 22 de Septiembre, (FJ 1º): "Con el sistema de custodia compartida: a) Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; b) Se evita el sentimiento de pérdida; c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores; d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.”

“En definitiva, existe un cambio de circunstancias que aconseja mantener el régimen de custodia compartida acordado en la sentencia apelada, y ello aun siendo conscientes de la dificultad de su aplicación práctica ante la conducta de la menor. En todo caso será el órgano judicial de instancia el que deberá de adoptar, en ejecución de sentencia, las medidas necesarias para garantizar la ejecución del pronunciamiento de custodia compartida”

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid 240/2016, 13 de Octubre, (FJ 2º): “ la guarda y custodia compartida tiene una serie de efectos positivos: a) se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de las relaciones de pareja, siendo tal presencia similar de ambas figuras parentales y constituye el modelo de convivencia que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de pareja de sus padres, por lo que la ruptura resulta menos traumática; b) se evitan determinados sentimientos negativos en los menores, entre los cuales cabe relacionar los siguientes: miedo al abandono; sentimiento de lealtad; sentimiento de culpa; sentimiento de negación; sentimiento de suplantación; etc., c) se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los padres que permite una mayor aceptación del nuevo contexto y se evitan situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte de los padres frente a los hijos; e) se garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, evitando, así, el sentimiento de pérdida que tiene el progenitor cuando se atribuye la custodia al otro progenitor y la desmotivación que se deriva cuando debe abonarse la pensión de alimentos, consiguiendo, además, con ello, una mayor concienciación de ambos en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos, el sistema de guarda compartida favorece la adopción de acuerdos, lo que se convierte asimismo en un modelo educativo de conducta para el menor...”

Sentencia del Tribunal Supremo 585/2015, 21 de Octubre (FJ 6º)“... guarda y custodia compartida debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurran criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada”

VI.- Costas. En caso de oposición, habrán de ser impuestas a la demandada imperando el principio de vencimiento objetivo (artículo 394 LEC) al estimarse íntegramente la demanda.

Por lo expuesto,

SUPlico AL JUZGADO, tenga por presentado este escrito, con los documentos y copias que lo acompañan, se admita, y me tenga por comparecido y parte en la representación que ostento, y tenga por interpuesta DEMANDA DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS DEFINITIVAS DE DIVORCIO, que deberá suscitarse por los trámites del juicio verbal dispuesto en el artículo 775 de la LEC en relación con el 770 de la LEC, contra Dña. María del Rosario Gómez Sánchez, cuyo domicilio consta en el encabezamiento de este escrito, y previos los trámites legales que procedan, entre los que se encuentra dar traslado a la demanda al Ministerio Fiscal dado el contenido de la misma, se dicte sentencia por la que estimando íntegramente esta demanda, contemple los siguientes pronunciamientos:

1º.- Decretar para el menor Jesús Segura Gómez un régimen de guarda y custodia compartida para ambos progenitores, cuya patria potestad será ejercida por ambos, fijándose la duración de dicho régimen en 6 meses para cada progenitor.

2º.- Fijar un régimen de visitas para el cónyuge que de cara al periodo de custodia establecido no disfrute del menor, por el cual se podrán relacionar con éste y tenerlo consigo los fines de semana alternos desde las 17 horas del viernes a las 20.30 del domingo, así como los Martes y jueves desde las 17 horas a las 20.30, siempre que no entorpezca la realización de actividades extraescolares por parte del menor. Las vacaciones de Navidad, Semana Santa y Verano serán repartidas por mitad correspondiendo a la primera mitad desde el día 22

diciembre a la salida del colegio hasta el día 31 del mismo por la mañana y desde dicho día 31 de diciembre por la mañana hasta el día 6 de enero a las 13.00 horas. El día 6 de diciembre el menor lo pasará en la compañía de ambos por lo que desde las 13.00 hasta las 20.30 se encontrará en compañía del progenitor al cual no le hay pertenecido el día 6 de enero ese año, en el caso de la Navidad. Para las vacaciones de Semana Santa los días se repartirán desde el Viernes de Dolores a la salida del colegio hasta el Miércoles Santo a las 13.00 horas y la segunda parte comenzaría a las 13 horas del Miércoles Santo y finalizaría a las 18 horas. Por ultimo, las vacaciones de verano serán los meses de julio y agosto repartidos en cuatro quincenas correspondiendo a un progenitor las dos primeras de cada mes y al otro las dos segundas, siendo la hora de recogida a las 11.00 horas y la de vuelta a las 21.00 horas.

3.- Atribuir el uso de la vivienda familiar que constituye patrimonio ganancial, al menor y al progenitor custodio que en cada momento tenga a su cuidado a éste, por periodos de seis meses, debiendo turnarse en dicho uso, comenzando por el padre, debido a que la ha disfrutado la madre durante el tiempo transcurrido desde que se dicto la sentencia de divorcio.

4°.- Revocar la pensión de alimentos por importe de 350 € fijada para el padre, pues cada progenitor deberá encargarse de los gastos y cuidados del menor durante el periodo de tiempo que estén a cargo de su custodia compartida.

Los gastos extraordinarios, tales como gastos escolares no ordinarios (matriculas, clases particulares y actividades extraescolares necesarias) y gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social serán satisfechos por ambos progenitores por mitad.

5.- Imponer las costas del procedimiento a la demandada en caso de que se oponga a la demanda.

Todo ello por ser justicia que respetuosamente pido,

OTROSI DIGO PRIMERO.- Conforme al artículo 440.1.2º en relación con los artículos 293 y 294 LEC, intereso la práctica anticipada de las pruebas de las que esta parte intenta valerse de cara a la preparación de la vista oral del juicio, que queda articulada conforme sigue:

→ Pericial, consistente en la elaboración de un dictamen pericial a cargo del Equipo de Valoración Técnica adscrito al Juzgado de Familia, a fin de que queden examinados y acreditados aspectos básicos del menor y sus progenitores tales como elementos personales, familiares, sociales, materiales y culturales que concurren en la personalidad y formación psíquica, analizando del mismo modo la capacitación e idoneidad de cada progenitor para el desarrollo del régimen de guarda y custodia compartida que se solicita.

→ Exploración del menor, al ser mayor de 12 años

Por lo que de nuevo,

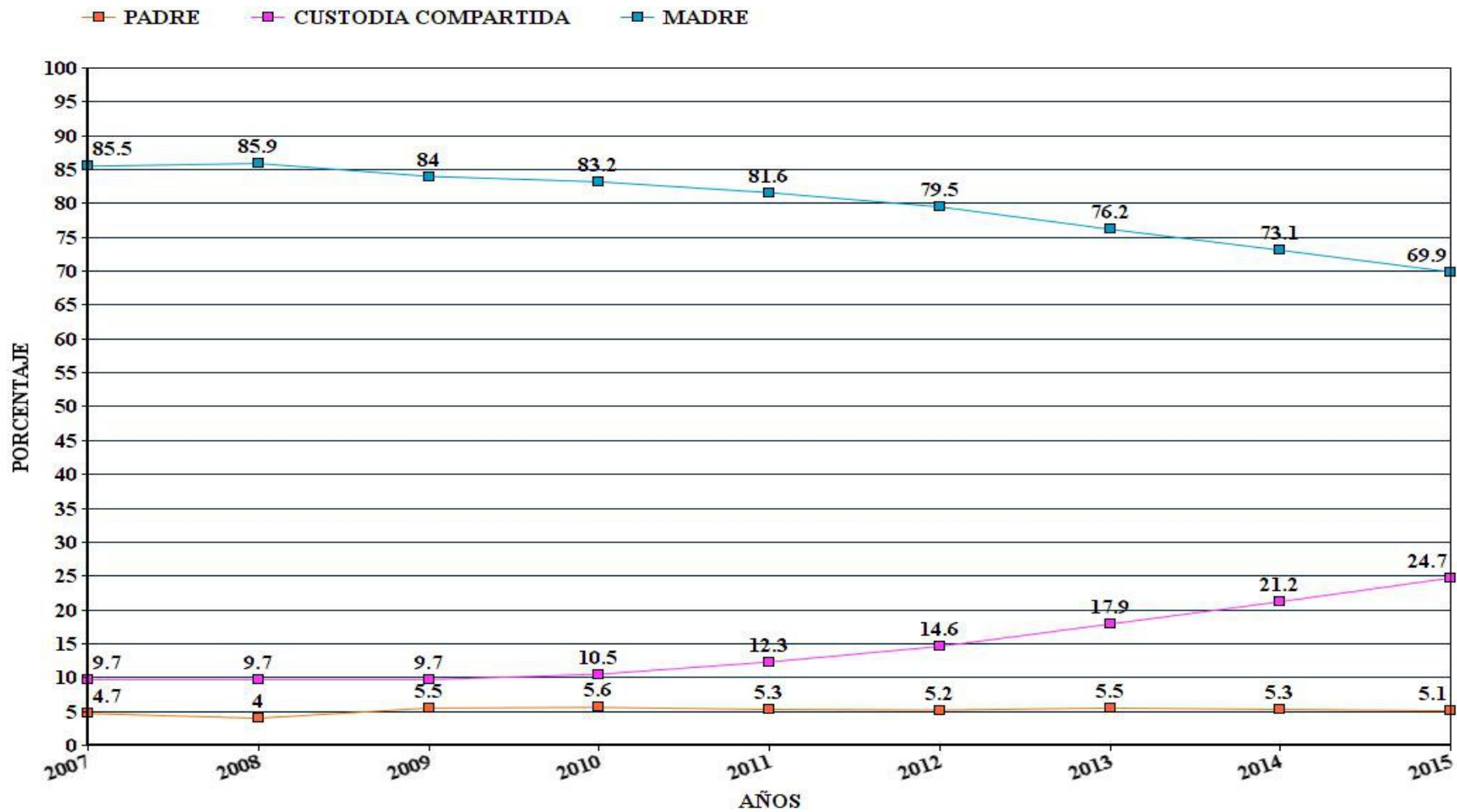
SUPLICO AL JUZGADO, tenga por hechas las anteriores manifestaciones, y de acuerdo con las mismas provea en consecuencia, acordando la práctica de las pruebas anticipadas propuestas.

Es justicia que reitero en Jaén, a 4 de Diciembre de 2017.

María de Nazareth Alcázar Jiménez
Abogada

Manuel Rodríguez García
Procurador

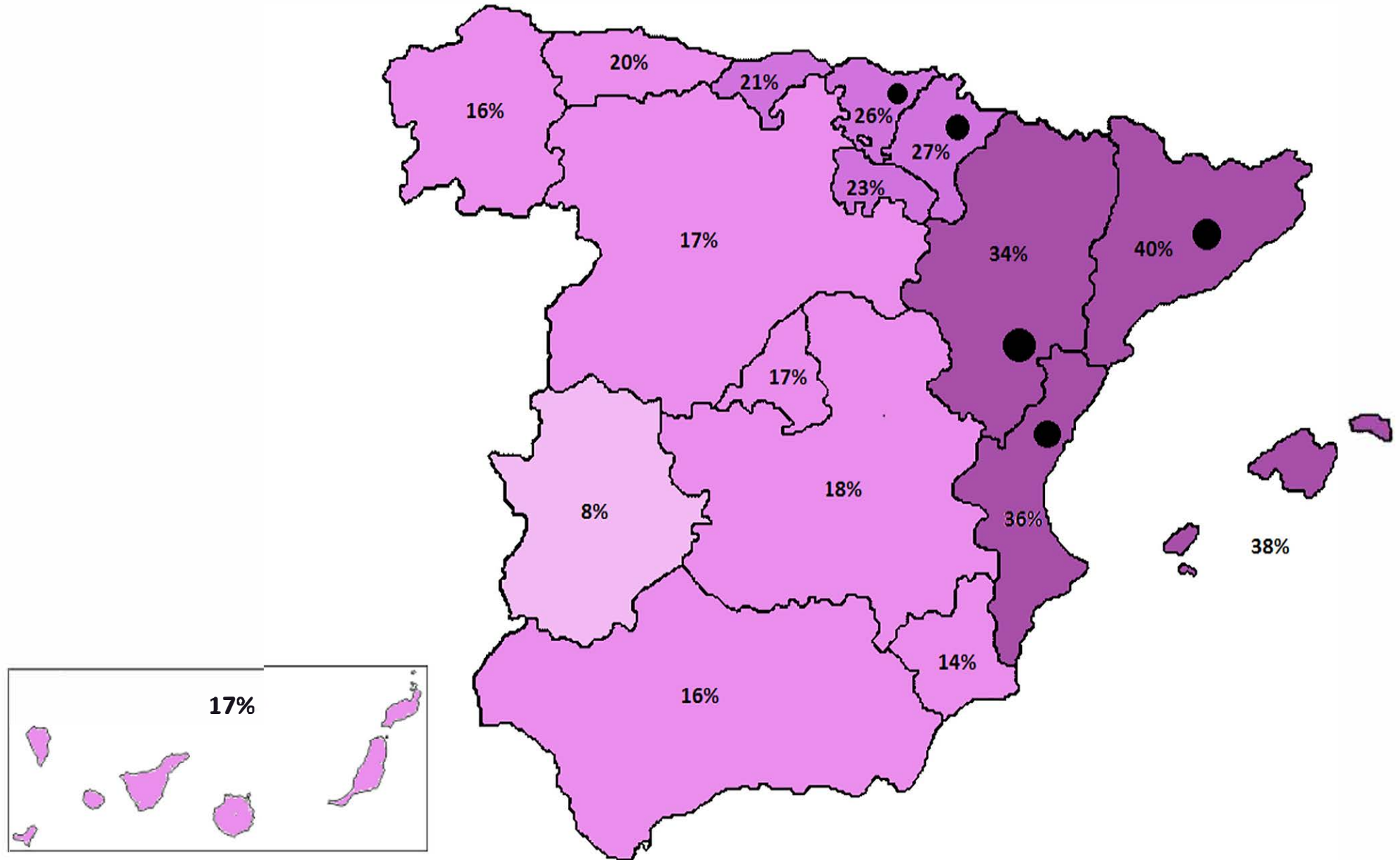
ANEXO ESTADÍSTICO 2: TIPOS DE CUSTODIA COMPARTIDA EN SEPARACIONES Y DIVORCIOS




| AÑOS | PADRE | CUSTODIA COMPARTIDA | MADRE |
|------|-------|---------------------|-------|
| 2007 | 4,7 | 9,7 | 85,5 |
| 2008 | 4 | 9,7 | 85,9 |
| 2009 | 5,5 | 9,7 | 84 |
| 2010 | 5,6 | 10,5 | 83,2 |
| 2011 | 5,3 | 12,3 | 81,6 |
| 2012 | 5,2 | 14,6 | 79,5 |
| 2013 | 5,5 | 17,9 | 76,2 |
| 2014 | 5,3 | 21,2 | 73,1 |
| 2015 | 5,1 | 24,7 | 69,9 |

En esta gráfica se plasma los tipos de custodia compartida que se establecieron en divorcios y separaciones en el periodo de tiempo desde 2007 a 2015. En él podemos destacar que los primeros años del estudio la custodia era atribuida a la madre en una aplastante mayoría sobre la que se atribuía al padre o el otorgamiento de custodia compartida, pero conforme pasan los años ésto da un giro de 180° siendo la custodia compartida la que toma fuerza en pro de la igualdad entre los cónyuges y en base al interés del menor, posicionándose en apenas 8 años en un 24,7%, lo que repercute en gran medida en las custodias exclusivas que se atribuían a la progenitora las cuales se desploman en torno al 15%, pues la variación que sufren las custodias exclusivas atribuidas al padre no posee gran interés, de hecho se puede afirmar que es constante a lo largo de los años analizados.

ANEXO ESTADÍSTICO 3: CUSTODIA COMPARTIDA POR COMUNIDADES AUTÓNOMAS



| | VALOR EN PORCENTAJE |
|---|---|
| | (0-10) |
| | (10-20) |
| | (20-30) |
| | (30-40) |
|  | Comunidades Autónomas que poseen ley específica |

En este mapa se muestra el porcentaje de custodia compartida que se otorgó en cada comunidad autónoma en el año 2015, pudiendo extraer de éste cuatro grupos; el primero muestra que Extremadura es la única comunidad con un índice de custodias otorgadas por debajo del 10% sobre el total, el segundo, en el cual se comprenden la mayor parte de las autonomías, refleja un valor de entre el 10% y el 20% , el tercero, destacamos cuatro comunidades como son Cantabria, La Rioja, Navarra y País Vasco, de las cuales en las dos ultimas despliegan efectos el derecho propio que poseen cada uno en su territorio, siendo éste el motivo del valor que se desprende en dicha comunidad, en cuarto y ultimo lugar, se encuentran cuatro autonomías con los valores mas altos, de las cuales tres poseen derecho propio como son Cataluña, Aragón y Comunidad Valenciana, pudiendo ser éste el motivo de ello, su regulación propia en materia de custodia compartida, algo de la que carece el derecho común, por lo que es acertado decir que se encuentran a la cabeza en esta materia.

ACRÓNIMOS

CC: Código civil

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

CCAA: Comunidades Autónomas

SAP: Síndrome de Alienación Parental

TS: Tribunal Supremo

TC: Tribunal Constitucional

AP: Audiencia Provincial

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

SAPr: Sentencia de la Audiencia Provincial

APASAP: Asociación de Padres Afectados por el Síndrome de Alienación Parental

BIBLIOGRAFÍA

- Aramburu Muñoz, I., Chato Franco, M., Martín María, B., y Pérez-Villa Aparicio, R. (2009) “*Estudio de derecho comparado sobre la regulación de la custodia compartida*”, Editorial Themis, Madrid.
- Becerril, D. (2017) “*La custodia compartida en España*”, Dykinson, Madrid.
- Cervilla Garzón (2017) “*Los acuerdos con previsiones de ruptura en el Código de Familia de Cataluña y en el Derecho norteamericano*”, Revista de Derecho Civil, volumen IV, núm. 2, p.10. <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/249/207> (Diciembre 2017).
- Clavero, J. (2014) “*Tienen los abuelos derecho legal a tener un régimen de visitas con sus nietos*”, Diario jurídico, p.2. <http://www.diariojuridico.com/tienen-los-abuelos-derecho-legal-a-tener-un-regimen-de-visitas-con-sus-nietos/> (Noviembre 2017)
- Cuenca Casas, M. (2011) El régimen jurídico de la vivienda familiar, Tratado de Derecho de la Familia, Thomson-Aranzadi, Madrid.
- De Torres Perea, J.M. (2009) Guarda y custodia tras la crisis matrimonial o la ruptura de la pareja de hecho. Interés del Menor y Derecho de Familia una perspectiva multidisciplinar, Madrid, 1ª edición.
- González del Pozo, J.P. (2009) “*El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida*”, Diario La Ley, Editorial La Ley, Madrid.
- González del Pozo, J.P. (2010) “*A vueltas con la atribución del uso de la vivienda familiar cuando existen hijos comunes*”. El Derecho, Grupo Francis Lefebvre, Madrid.
- González Martínez, E.L. (2009) “*La custodia compartida, síndrome de alienación parental e interés del menor*”, I Curso de Experto en Derecho de Familia organizado por la Universidad Internacional de Andalucía, Málaga.
- Goñi Rodríguez de Almeida, M. (2013), “*La vivienda familiar en caso de Custodia Compartida. Sus implicaciones en el derecho de cosas*”, Madrid, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº. 736, marzo 2013.
- Lathrop Gómez, F. (2008) Custodia compartida de los hijos, Editorial La Ley, Madrid.
- Lucini Casales, A. (1989) “*La vivienda familiar en el régimen del código civil reformado. Especial referencia a los actos dispositivos sobre la misma*”, Conferencia en el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Madrid.
- Monforte, D. (2017) “*Custodia compartida y vivienda familiar. La nueva doctrina jurisprudencial*”, Madrid, Wolters Kluwer, Diario La Ley, nº. 9012.
- Moreno, J.L. (2015) Prácticas alienadoras familiares, Editorial Gedisa, Barcelona.
- Padalino, C. (2006) “*L'affidamento condiviso dei figli. Commento sistematico delle nuove*

disposizioni in materia de separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli”, Turín

→ Pinto Andrade, C. (2009) *Los padres no se divorcian de sus hijos*, Bosch, Barcelona.

→ Rivero Hernández, F. (2007) *El interés del menor: del estandar jurídico al principio general*, Dykinson, Madrid.

→ Tejedor Huerta, A. (2007) *El Síndrome de Alienación Parental. Una forma de maltrato*, Instituto de Orientación Psicológica Asociados, Madrid.

→ Zamora Segovia, M.L. (2016) *Guía de intervención familiar en casos de separación, divorcio y protección de menores*, Dykinson, Madrid.

WEBGRAFÍA

→ Noticia sobre la lectura del Manifiesto a favor de la Custodia Compartida que realizó la Asociación Jiennense de Madres y Padres por la Custodia Compartida.

<https://www.youtube.com/watch?v=Rav3jrCbAGg&t=57s> (Diciembre 2017)

→ Lactancia materna. <http://www.who.int/topics/breastfeeding/es/> (Diciembre, 2017)

→ Separación con niños lactantes, ¿Cómo se distribuye la custodia?

<https://www.lactapp.es/blog/separacion-con-ninos-lactantes-como-se-distribuye-la-custodia/>

(Diciembre 2017)

→ ¿Qué pasa con las mascotas si sus dueños se divorcian o separan?

http://www.antena3.com/noticias/sociedad/que-pasa-con-las-mascotas-en-caso-del-divorcio-o-separacion-de-sus-duenos_2017051359171c860cf2a1da482f5ff5.html (Diciembre, 2017)

→ En Francia, las mascotas jurídicamente son “seres dotados de sensibilidad” <http://www.mx.com.mx/2014-04-15/francia-reconoce-juridicamente-a-las-mascotas-como-seres-vivos-dotados-de-sensibilidad/>

(Diciembre, 2017)

→ La obligación de alimentos en Francia

http://ec.europa.eu/civiljustice/maintenance_claim/maintenance_claim_fra_es.htm (Diciembre

2017).

LEGISLACIÓN

→ Ley de 24 de abril de 1958, por la que se modifican determinados artículos del Código civil.

→ Ley italiana nº 898, de 1 de diciembre de 1970, de derecho de familia

→ Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

→ Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

→ Ley italiana 74/1987, de 4 de marzo.

- Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil.
- Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo
- 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.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley francesa 2002-305, de 4 de marzo
- 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.
- Ley italiana 54/2006, 8 de febrero
- Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia
- Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres
- Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.
- Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.
- Anteproyecto de ley 122/134 de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales.
- Ley 7/2015, 30 de julio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores

JURISPRUDENCIA

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz 48/2011, 10 de febrero (ROJ: SAP BA 104/2011)
- Sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012, 17 de octubre (LA LEY 153054/2012)
- Sentencia del Tribunal Supremo 257/2013, 29 de abril (ROJ: STS 2246/2013)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa 200/2014, 16 de septiembre (ROJ: SAP SS 698/2014)
- Sentencia del Tribunal Supremo 576/2014, 22 de octubre (ROJ: STS 4084/2014)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria 149/2015, 24 de marzo (LA LEY 96797/2015)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 28/2015, 7 de octubre (LA

LEY 142335/2015)

- Sentencia del Tribunal Supremo 585/2015, 21 de octubre (ROJ: STS 4442/2015)
- Sentencia del Tribunal Supremo 621/2015, 9 de noviembre (ROJ: STS 4575/2015)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 24/2016, 29 de enero (ROJ: SAP SE 355/2016)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 1/2016, 25 de enero (<http://www.icav.es/bd/archivos/archivo9066.pdf> consultado en diciembre 2017)
- Sentencia del Tribunal Supremo 55/2016, 11 de febrero (ROJ: STS 359/2016)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 202/2016, 1 de marzo (ROJ: SAP M 3786/2016)
- Sentencia del Tribunal Supremo 215/2016, 6 de abril (ROJ: STS 1424/2016)
- Sentencia del Tribunal Supremo 251 /2016, 13 de abril (ROJ: STS 1638/2016)
- Sentencia del Tribunal Supremo 263/2016, 20 de abril (ROJ: STS 1658/2016)
- Sentencia del Tribunal Constitucional 82/2016, 28 de abril (LA LEY 38591/2016)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo 59 /2016, 18 de mayo (Roj: SAP TO 503/2016)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real 139/2016, 23 de mayo (ROJ: SAP CR 520/2016)
- Sentencia del Tribunal Constitucional 110/2016, 9 de junio (LA LEY 64282/2016)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo 114/2016, 9 de junio (ROJ: SAP TO 541/2016)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 603/2016, 12 de julio (ROJ: SAP M 9975/2016)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria 97/2016, 8 de septiembre (ROJ: SAP SO 164/2016)
- Sentencia del Tribunal Supremo 551/2016, 20 de septiembre (ROJ: STS 4091/2016)
- Sentencia del Tribunal Supremo 560/2016, 21 de septiembre (ROJ: STS 4100/2016)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid 240/2016, 13 de octubre (ROJ: SAP VA 1024/2016)
- Sentencia del Tribunal Supremo 638/2016, 26 de octubre (ROJ: STS 4634/2016)
- Sentencia del Tribunal Constitucional 192/2016, 17 de noviembre (LA LEY 167346/2016)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga 818/2016, 24 de noviembre (ROJ: SAP MA 2937/2016)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga 113/2017, 8 de febrero (ROJ: SAP MA 1488/2017)
- Sentencia del Tribunal Supremo 155/2017, 7 de marzo (ROJ: STS 849/2017)
- Sentencia del Tribunal Supremo 183/2017, 14 de marzo (ROJ: STS 973/2017)
- Sentencia del Tribunal Supremo 280/2017, 9 de mayo (ROJ: STS 1786/2017)

- Sentencia del Tribunal Supremo 294/2017, 12 de mayo (ROJ: STS 1896/2017)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz 251/2017, 19 de mayo (ROJ: SAP CA 696/2017)
- Sentencia del Tribunal Supremo 395/2017, 22 de junio (ROJ: STS 2511/2017)
- Sentencia del Tribunal Supremo 517/2017, 22 de septiembre (ROJ: STS 3348/2017)
- Sentencia del Tribunal Supremo 519/2017, 22 de septiembre (ROJ: STS 3327/2017)
- Sentencia del Tribunal Supremo 564/2017, 17 de octubre (ROJ: STS 3718/2017)
- Sentencia del Tribunal Supremo 579/2017, 25 de octubre (ROJ: STS 3755/2017)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 489/2017, 2 de noviembre (ROJ: SAP PO 2132/2017)
- Sentencia del Tribunal Supremo 595/2017, 8 de noviembre (ROJ: STS 3929/2017)