

CUSTODIA COMPARTIDA: SITUACIÓN ACTUAL Y ANTEPROYECTO DE LEY

Carmen Sánchez Vidanes, Abogada Área de la Mujer de A.L.A. 8 enero, 2014

1. Antecedentes jurisprudenciales

Con la aprobación por el Consejo de Ministros del [Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio](#), se ha abierto de nuevo el debate sobre la aplicación de la guarda y custodia compartida cuando no existe acuerdo ente los progenitores. Esta aprobación viene a sumarse a otros hechos que en los últimos meses han venido a poner la guarda y custodia compartida en el centro del debate social, y que ha generado la creencia general, pero equivocada, de que la guarda y custodia compartida es, o **va a ser de forma inminente, la norma por la que se regirán las rupturas de parejas con hijos menores de edad.**

Para una mayor claridad de exposición relacionamos por orden cronológico las sentencias del Tribunal Supremo y Constitucional de transcendencia en este tema y el Anteproyecto de Ley regulatoria de esta materia:

1º) [Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª de 8-10-2009](#). Ponente Roca Trías. Resolución 623/2009. Establece los requisitos necesarios para que concurra la posibilidad de establecer en sentencia la guarda y custodia compartida en situaciones de crisis matrimonial con hijos menores.

2º) [Sentencia 185/2012, de 17-10-2012 del Pleno del Tribunal Constitucional](#). Esta sentencia declaró nulo el inciso del artículo 92.8 del CC que establecía como preceptivo el informe favorable del ministerio fiscal para que el juez pudiera acordar la guarda y custodia compartida, cuando no existiera acuerdo entre los progenitores.

3º) [Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª de 29-4-2013](#). Ponente Seijas Quintana. Resolución 257/2013. Establece que la guarda y custodia compartida no es una medida excepcional, sino que habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible. A pesar de esta declaración de intenciones, para el supuesto concreto que enjuiciaba, mantiene la guarda y custodia exclusiva a favor de uno de los progenitores.

4º) La aprobación por el Consejo de Ministros del [Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio](#). Dicho anteproyecto no otorga carácter preferente a la custodia de uno de los progenitores ni tampoco a la compartida, remitiendo al criterio del juez bajo el principio de interés superior del menor, que podrá acordar la custodia compartida incluso aunque ninguno de los progenitores la haya solicitado.

2. Algunas notas sobre el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio en materia de custodia compartida

Lo 1º que llama la atención del Anteproyecto es su propio nombre, que **deja fuera la regulación de las relaciones paterno-filiales de los hijos no matrimoniales**, a pesar de que en la actualidad 1 de cada 3 hijos nace fuera del matrimonio, según datos del Instituto Nacional de Estadística y de que [el art. 39.2 de la Constitución garantiza la protección integral de los hijos](#), con independencia de su filiación. No sabemos si se trata de un olvido o si con ello el Ministro de Justicia pretende volver a la diferenciación entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales propia del franquismo, lo que a la vista del resto de las actuaciones y anteproyectos de ley del titular del Ministerio no sería de extrañar. Se establece **la posibilidad de que el juez otorgue la custodia compartida aunque ninguno de los dos progenitores lo haya solicitado**, contradiciendo con ello doctrina jurisprudencial imperante (SSTS 29/4/2013 y 19/4/2012), que considera improcedente la adopción de ese modelo cuando ninguno de los padres lo solicite. Parece arriesgado obligar a ambos progenitores a aceptar un régimen de custodia no deseado por ninguno de ellos y que en la práctica puede ser de imposible cumplimiento, tanto por motivos personales como económicos.

Modifica acertadamente la terminología que hasta ahora veníamos utilizando en cuanto al reparto del tiempo de los menores entre sus progenitores: así, se van arrinconando las expresiones patria potestad, régimen de visitas o progenitor custodio, dando **prioridad a responsabilidad parental, periodos de convivencia, régimen de estancia, coparentalidad y corresponsabilidad en el cuidado de los hijos.**

Descarta la excepcionalidad que la guarda y custodia compartida tenía hasta el momento, **pero sin llegar a darle carácter de automática** o preferente, como podría deducirse de algunas informaciones de los medios de comunicación, sino que **deja a criterio del tribunal**, previo examen de cada caso concreto, determinar qué opción es la más beneficiosa para el menor. Por ello, **el Anteproyecto no cambia la regulación actual**, ya que no pretende establecer la modalidad de guarda y custodia compartida como régimen prioritario (como se ha hecho en Aragón y Comunidad Valenciana), sino que **deja al criterio del juzgador la decisión a la hora de fijarla si es realmente el sistema más idóneo, y el juez para esta decisión**, ante la falta de acuerdo entre los progenitores deberá seguir teniendo en cuenta si se cumplen una serie de requisitos y antecedentes, tales como:

- Que entre ambos progenitores exista una comunicación fluida, evitando las disfunciones que puedan llegar a producirse cuando el grado de cooperación de los progenitores (cónyuges dice el Anteproyecto) sea escaso o las pautas educativas seguidas por éstos sean divergentes.
- Aptitud, voluntad e implicación de los progenitores para asumir los deberes y respetar los derechos del otro, así como la predisposición a cooperar para garantizar la relación de los menores con ambos progenitores.
- Que exista la posibilidad de que los domicilios de ambos estén próximos entre sí y a su vez cercanos al centro escolar.
- Que ambos progenitores gocen de un horario laboral compatible con el cuidado de los hijos, o que, en su caso, ambos necesiten de terceras personas para el cuidado de los hijos por tener horarios prolongados.
- Que se tenga en cuenta si el modelo de guarda y custodia se venía ejerciendo con anterioridad, en aquellos casos en que se produce una separación de hecho previa.
- La dedicación pasada y futura de los progenitores a sus hijos y el plan de relaciones familiares que presente cada uno de ellos.
- La voluntad de los hijos si tienen suficiente juicio.

La custodia compartida no implica necesariamente una alternancia de la residencia de los hijos con sus progenitores en periodos iguales, pero sí en un tiempo adecuado para el cumplimiento de la finalidad de la custodia, siguiendo el concepto de esta figura quedando indefinido, de tal forma que lo que ahora se conoce como régimen de visitas amplio y flexible, tales como fines de semana alternos desde el viernes hasta el lunes más **una tarde a la semana con pernocta, pueden calificarse como custodia compartida.**

La custodia compartida no implica que no haya de fijarse pensión alimenticia. Muchos progenitores piensan que si se fija una custodia compartida no ha de establecerse una pensión de alimentos, de forma que cada progenitor se limitará a pagar los gastos de los hijos cuando estén en su compañía, lo que es totalmente erróneo. Aunque las fórmulas posibles de afrontar los gastos de los menores son muy variadas, lo más habitual será que, en caso de que los ingresos de los progenitores sean similares, se acuerde que ambos abonen por mitad los **gastos fijos y ordinarios**, y asuman directamente los alimentos en sentido estricto cuando el menor esté en su compañía, pero en el caso de que los ingresos sean muy diferentes, cada uno deberá contribuir en proporción a los mismos, de modo que uno de ellos deberá abonar al otro una pensión de alimentos para garantizar el pago de los gastos de los hijos y su nivel de vida.

El uso y disfrute del domicilio familiar no será necesariamente atribuido a ambos progenitores por periodos coincidentes con la convivencia de los hijos, lo que desde luego sería **una fuente de conflictos continua**, en cuanto a reparto de gastos, consumos, imposibilidad de rehacer los progenitores sus vidas con nuevas parejas, etc.

El criterio de uso alternativo de la vivienda por ambos progenitores, es una medida de difícil mantenimiento en el tiempo, en primer lugar porque en la mayoría de los casos será insostenible económicamente, al necesitar hacer frente a los gastos de la vivienda por mitad o en los porcentajes

que se establezcan, pero además a los gastos de las viviendas respectivas de los progenitores cuando no estén al cuidado de los hijos.

El Anteproyecto, con farragosa redacción, en principio contempla la adjudicación de la vivienda al cónyuge -como ya se ha dicho, se ignora la existencia de hijos no matrimoniales- que ostente la custodia si ésta no fuera compartida, pero excepcionalmente, aunque existieran hijos menores o con la capacidad judicialmente completada -nueva terminología de lo que hasta ahora se denominaba incapaces- o dependientes de los progenitores, el Juez puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda y custodia si es el más necesitado y además el progenitor a quien corresponde la guarda y custodia tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos, **debiendo quedar en todo caso garantizado adecuadamente el derecho a una vivienda digna de los menores.**

Salvo para el supuesto de que **la custodia se otorgue a uno de los cónyuges, y la vivienda sea privativa del otro, en que la atribución del uso de la vivienda durará mientras dure el derecho a alimentos,** para el resto de los casos **se contempla la limitación temporal del uso de la vivienda a 2 años prorrogables por un año más.** Esta temporalidad del uso es de suponer que ayude a que los progenitores puedan pactar el régimen de custodia más conveniente, sin que exista por tanto un interés en ostentar la custodia de forma exclusiva basado en el derecho al uso de la vivienda, pero también sin pretender una custodia de imposible cumplimiento solo por el hecho de que lleve aparejada la utilización de la vivienda y siempre garantizando el derecho a vivienda de los menores.

No se otorgará la guarda y custodia, ni individual ni compartida, y ni siquiera régimen de estancia, relación y comunicación al progenitor contra quien exista sentencia firme por atentar contra la vida, integridad física, libertad, integridad moral o libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal. Si no hubiera sentencia firme, pero **sí resolución judicial motivada de indicios fundados y racionales de criminalidad por la presunta comisión de violencia doméstica, de género** o de cualquiera de los atentados indicados anteriormente, impedirá la atribución de la guarda y custodia, tanto individual como compartida, al progenitor incurso en el procedimiento, aunque no se excluye el régimen de estancia, relación y comunicación. Aunque no se dice de forma expresa, parece entenderse que en caso de sentencia firme por delito de violencia de género o doméstica no contemplado entre los de atentado que expresamente menciona, será objeto de privación de guarda y custodia pero no del régimen de estancia relación y comunicación.

3. **Situación actual**

A fecha de hoy, a excepción de la **eliminación de la necesidad de informe favorable del Ministerio Fiscal para el otorgamiento de custodia compartida** cuando no hay acuerdo, **no se ha producido ningún cambio legal respecto a la situación anterior,** por lo que en caso de desacuerdo, **el juez solo podrá acordarla fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés del menor,** si bien ante la nueva regulación que se avecina respecto a la responsabilidad parental, es cierto que algunos tribunales imbuidos del clima proclive a la figura de la custodia compartida han comenzado a acordarlas.

En la actualidad cada vez es más frecuente encontrarse un proceso contencioso de familia en el que se discute absolutamente todo, ya que el hecho de que ambos progenitores interesen para sí la custodia de los menores o la custodia compartida presupone que no hay acuerdo en ninguna otra medida, por cuanto **la custodia arrastra el resto de las medidas complementarias: uso de vivienda y pensiones alimenticias.**

Lamentablemente, **en muchas ocasiones, la solicitud de la custodia por parte de uno de los progenitores no es sino una estrategia procesal para conseguir algunas de las otras medidas complementarias que le interesan y detrás del interés que existe en normalizar la guarda y custodia compartida, el problema de fondo puede ser realmente la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar y el pago de las pensiones.** Será labor del juzgador distinguir estas peticiones, pero un dato a tener en cuenta la posibilidad real de cumplir con el régimen de parentalidad que se proponga y la implicación que durante la convivencia hayan tenido ambos progenitores.

La disposición del **Anteproyecto que prevé el otorgamiento del uso de la vivienda al progenitor más necesitado económicamente pero con una limitación temporal**, podría venir a desligar la medida personal de la custodia con la de carácter económico de la vivienda, pero también podría dejar a los menores en situación incierta; es de esperar que **los progenitores, que son quienes mejor han de velar por el bienestar de sus hijos, alcancen acuerdos de custodia**, sea compartida o no, evitando conflictos que a nadie benefician, y muy especialmente a los menores que se ven envueltos en batallas legales que necesariamente trascienden a su vida diaria y que viene a incrementar la ya de por sí problemática adaptación tras la ruptura a una nueva forma de vida

