



Universidad
de Alcalá

**LA CUSTODIA COMPARTIDA COMO FACULTAD
INHERENTE A LA PATRIA POTESTAD**

**THE SHARED CUSTODY AS AN INHERIT POWER
OF PARENTAL AUTHORITY**

**Máster Universitario en Acceso a
la Profesión de Abogado**

Presentado por: D^a Andrea Fernández Rodríguez

Dirigido por: Dra. D^a. Isabel Cano Ruiz

Alcalá de Henares, a 13 de enero de 2020

RESUMEN

La patria potestad se define como el conjunto de derechos y deberes que deben ejercitarse siempre en beneficio de los hijos. Sin embargo, no solo los progenitores son los obligados, sino que los hijos también poseen un conjunto de deberes para con sus padres. Estos derechos y deberes también se encuentran presentes en los casos de crisis matrimonial y, por ende, se asemejan a las obligaciones propias de la guarda y custodia. Esta institución, a diferencia de la patria potestad, se refiere a aquellos actos derivados de la convivencia diaria con el hijo, que tienen una menor trascendencia. Antiguamente, el criterio de atribución era, normalmente, el de culpabilidad. Sin embargo, poco a poco se fue abandonando esta concepción y, además de reconocer que ambos progenitores son aptos para la asistencia y protección de los hijos, se empieza a tener en cuenta el interés superior del menor y, por tanto, a valorar cual sería el régimen de guarda más beneficioso para él. Se entiende que, siempre que favorezca al menor y que, al menos, uno de los padres la solicite, la custodia compartida se elegirá con carácter preferente.

PALABRAS CLAVE

Custodia compartida, divorcio, interés superior del menor, patria potestad, menor.

ABSTRACT

The parental authority is made up of rights and obligations which the parents have to exercise in order to protect child's interest. However, not only do they have obligations, but also the children have some responsibilities. In the custody cases, this rights and obligations be present as well. Unlike parental authority, the custody is about all the actions regarding to daily coexistence with the minor. This actions are less significance as opposed to the parental authority. Furthermore, many years ago, the custody was assigned by a guilt criterion. However, this changed and the parents are treated in the same way. In addition, the child's interest obtain more importance in order to choose the best custody regime. With all the above in mind, shared custody is the best option provided that this benefit children and one of the parents require it.

KEY WORDS

Divorce, minor, obligations, parental authority, shared custody, the superior child's interest.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	1
2. MARCO HISTÓRICO: ORÍGENES Y EVOLUCIÓN	2
3. LA PATRIA POTESTAD	6
3.1 Concepto	6
3.2 Caracteres y principios	7
3.3 Régimen jurídico	9
4. CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD	11
4.1 Personal	11
4.1.1 <i>Derechos y deberes de los progenitores</i>	11
4.1.2 <i>Deberes de los hijos</i>	14
4.2 Patrimonial	14
4.2.1 <i>La administración de los bienes de los hijos</i>	14
4.2.2 <i>Obligación de colaborar con el levantamiento de cargas</i>	15
4.2.3 <i>La autorización judicial como requisito para la realización de determinados actos</i>	16
4.2.4 <i>La protección del patrimonio de los hijos</i>	16
4.3 La representación legal	17
5. EJERCICIO Y TITULARIDAD	18
5.1 Concepto y contenido	18
5.2 Titularidad y ejercicio conjunto	18
5.3 Titularidad conjunta y ejercicio individual	19
5.4 Titularidad y ejercicio individual	20
5.5 Supuesto de no convivencia	21
5.6 La patria potestad del menor no emancipado	22
5.7 El control judicial en el ejercicio de la patria potestad	23
6. EXTINCIÓN, PRIVACIÓN Y EXCLUSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD	23
7. LA CUSTODIA COMPARTIDA	27
7.1 Evolución histórica	27
7.2 Concepto y fundamentación de la custodia compartida	30
7.3 Breve referencia a la legislación autonómica	32
7.4 Principios de la custodia compartida	34

7.5 Criterios de la custodia compartida	40
7.5.1 <i>Práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales</i>	41
7.5.2 <i>Los deseos manifestados por los menores</i>	42
7.5.3 <i>El número de hijos</i>	43
7.5.4 <i>El cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos</i>	44
7.5.5 <i>El respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar</i>	44
7.5.6 <i>Los pactos acordados por los padres</i>	46
7.5.7 <i>La localización de sus correspondientes domicilios, horarios y actividades</i>	47
7.5.8 <i>El resultado de los informes exigidos legalmente</i>	48
7.6 Momentos en los que se acuerda la custodia compartida	50
7.7 Efectos de la custodia compartida	53
7.7.1 <i>Pensión de alimentos</i>	53
7.7.2 <i>Uso de la vivienda familiar</i>	55
7.7.3 <i>Régimen de visitas</i>	56
7.8 Tipos de custodia compartida	57
7.8.1 <i>En cuanto al domicilio</i>	57
7.8.2 <i>En cuanto al tiempo de estancia</i>	58
7.9 Exclusión de la custodia compartida	58
8. CONCLUSIONES	60
9. BIBLIOGRAFÍA	65
10. ANEXO I	71
11. ANEXO II	73

1. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo está orientado al estudio y análisis de la patria potestad y la custodia compartida.

En primer lugar, examinaremos la patria potestad. Empezaremos con su evolución histórica y, a continuación, analizaremos en qué consiste la patria potestad actualmente, cuáles son los caracteres y principios que la definen, así como su regulación. Después, se estudiará su contenido y se procederá a distinguir entre el contenido personal y el patrimonial y, además, se analizará la representación legal de los hijos. Una vez concluido este apartado, se procederá al examen de ejercicio y titularidad, qué implica cada término y cuáles son los posibles escenarios. Finalmente, se estudiarán los casos de interrupción y extinción de dicha institución y cuándo se produce la privación y pérdida de la misma.

Por último, en la segunda parte del trabajo, se expondrá la custodia compartida, comenzando por su evolución histórica y su concepto. En líneas generales y como ya se verá más adelante, la guarda y custodia se define como aquella facultad inherente a la patria potestad que está más relacionada con aquellas situaciones derivadas de la convivencia con el menor. Son actos que no poseen una especial relevancia, a diferencia de la patria potestad. No obstante, nos centraremos en la custodia compartida, la cual con el transcurso del tiempo ha adquirido mayor importancia y es preferible su adopción siempre que las circunstancias así lo hagan posible.

En este sentido y una vez desarrollado el concepto, se mencionará, a grandes rasgos, algunas concreciones del derecho foral, en especial, el de Aragón, donde la custodia compartida se regula como régimen preferente. Después se expondrán tanto los principios que la definen como los criterios necesarios para su adopción. Por otro lado, se procederá al estudio de los momentos en los que se acuerda dicho régimen. Finalmente, y para concluir con el presente trabajo, se analizarán sus efectos en cuanto a la retribución destinada a proporcionar alimentos, el disfrute del domicilio familiar y el sistema acordado para las visitas; se expondrán los tipos de custodia compartida, así como aquellos supuestos donde se produce la exclusión de la misma.

2. MARCO HISTÓRICO: ORÍGENES Y EVOLUCIÓN

En el derecho romano clásico, la patria potestad era un poder civil que el *pater familias* ejercía sobre sus hijos, ya fueran legítimos o adoptados. Dentro de los efectos personales derivados de dicha institución, el *pater* podía ejercer derechos como castigar a su hijo o venderlo en territorio extranjero y, en cuanto al orden patrimonial se refiere, el que ejercía la patria potestad era el titular del patrimonio obtenido por los hijos¹. De esta forma, los miembros que componían la típica familia romana se encontraban sometidos a la autoridad del *pater* y la madre quedaba en un segundo plano². Finalmente, dicha institución se extinguía por el fallecimiento del padre o del hijo, por la pérdida de la ciudadanía o de la libertad de cualquiera de ellos y, de forma excepcional, en los casos en los que el hijo desempeñase altos cargos y por su emancipación³.

Sin embargo, conforme van transcurriendo los siglos, dicha institución comienza a sufrir una serie de cambios por causas políticas, sociales y morales⁴. Con Justiniano como emperador del Imperio romano de Oriente (año 527 d. C.) se elaboró el *Corpus Iuris Civilis*, un código donde se recogió la tradicional legislación romana⁵. El derecho justineano mantuvo ciertos aspectos del derecho romano clásico, pero modificó otros, como el derecho del padre de vender a sus hijos⁶. Tras la caída del Imperio romano de Occidente, la patria potestad comienza a configurarse como un *officium* y se convierte en la obligación de defensa y protección del hijo, llegándose incluso a hablar de un ejercicio conjunto de ambos progenitores. Sin embargo, años más tarde se producirá un retroceso como consecuencia de la redacción de las Partidas de Alfonso X. La patria potestad vuelve a configurarse como una institución de carácter dominante y auténticamente patriarcal⁷. Estas Partidas recogen el derecho justineano, sin embargo, los térmi-

¹DERECHO EN RED, *Derecho romano: la patria potestad*, (en línea), <http://www.derechoromano.es/2013/04/la-patria-potestad.html>, [fecha de consulta: 11/06/2019].

² LASARTE ÁLVAREZ, C., *Derecho de familia: principios de derecho civil VI*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2016, pág. 352.

³ SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., «La patria potestad en el derecho romano y en el derecho alto medieval visigodo», *Revista de estudios histórico-jurídicos*, núm. 36, 2014, págs. 159-187.

⁴ OTERO VARELA, A., «La patria potestad en el Derecho histórico español», *Anuario de historia del Derecho histórico español* n° 26, 1956, págs. 209-242.

⁵ TORRENT RUIZ, A. J., «La recepción del derecho justineano en España en la Baja Edad Media (siglos XII-XV)», *Revista internacional de derecho romano*, n° 10, 2013, págs. 28-30.

⁶ OTERO VARELA, A., *op. cit.*, págs. 209-242.

⁷ SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M. (coord.), *Menores en protección*, Edit. Grupo Difusión, Madrid, 2007, págs. 221-222.

nos que emplea evocan la patria potestad de la Roma clásica. En nuestro país se acoge, en su última fase de evolución, el Derecho romano justineano, que es recibido a través de las Partidas⁸ y se mantiene hasta la Ley de Matrimonio Civil de 1870. Esta ley concebía dicha institución como un *officium* y permitía que la figura materna fuese ejerciente, aunque con carácter subsidiario. Esta ley de 1870 fue el antecedente más próximo del Código civil (CC) de 1889⁹, norma que regula la patria potestad en los artículos 154 y siguientes. El artículo 154¹⁰ recogía ese carácter subsidiario y, de esta forma, en ciertos supuestos como fallecimiento, ausencia o incapacidad de la figura paterna, era la materna quien se encargaba de su ejercicio¹¹.

Gracias a los textos constitucionales del momento, se comienza a reconocer el derecho a la igualdad de todas las personas. En efecto, la Constitución Española (CE) de 1978 provocó una importante reforma del CC de 1889¹² en virtud de la Ley 11/1981, de 13 de mayo¹³. De esta forma se consiguió que las mujeres pudiesen obtener la titularidad de la patria potestad de forma directa y no subsidiariamente como se recogía en normas anteriores. Se trata, pues, de una titularidad conjunta del padre y de la madre y así quedó reflejado en el artículo 154, primer apartado: «los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre». Asimismo, se defiende la idea de que dicha institución debe ser ejercitada, en todo momento, en atención de los hijos¹⁴. Por otro lado, se restringen las facultades patrimoniales de los padres, las potestades administrativas de los padres quedan limitadas y, finalmente, se suprime el usufructo paterno¹⁵. E

⁸ OTERO VARELA, A., *op. cit.*, págs. 209-242.

⁹ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código civil (BOE núm. 206, de 25/07/1889).

¹⁰ Artículo 154 CC (1889): «El padre, y en su defecto la madre, tienen, respecto de sus hijos no emancipados: 1.º El deber de alimentarlos, tenerlos en su compañía, educarlos e instruirlos con arreglo a su fortuna, y representarlos en el ejercicio de todas las acciones que puedan redundar en su provecho. 2.º La facultad de corregirlos y castigarlos moderadamente».

¹¹ DEL AMO DEL AMO, M.C., *La familia y el trabajo femenino en España durante la segunda mitad del siglo XIX*, Tesis Doctoral (s.p.), Universidad Complutense de Madrid, 2008.

¹² SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M. (coord.), *op. cit.*, págs. 223-224.

¹³ Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1981).

¹⁴ SERRANO ALONSO, E., SERRANO GÓMEZ, E., *Manual de Derecho civil*, Edit. Edisofer, Madrid, 2011, pág. 504.

¹⁵ LASARTE ÁLVAREZ, C., *op. cit.*, pág. 353.

En suma, lo más relevante de la reforma llevada a cabo por la Ley 11/1981 fue, entre otras cosas, lo siguiente¹⁶:

- Se configura la patria potestad como una institución compartida por los dos progenitores.
- Se reconoce una mayor esfera de autonomía a los hijos.
- Igualdad entre los hijos matrimoniales y los no matrimoniales.
- Surgen los conceptos de patria potestad prorrogada y rehabilitada.
- Se reconoce al hijo como titular de derechos y bienes que obtiene.
- Se reconoce el deber de los hijos de contribuir de forma razonable al levantamiento de cargas familiares¹⁷.

En virtud de dicha reforma, queda patente que dicha institución ya no se configura como un privilegio del *pater familias* sino que, además de tratarse de un ejercicio conjunto de ambos progenitores, se debe procurar el respeto de la personalidad, la defensa y cuidado de los hijos en la mayor medida posible.

Más tarde, en el año 2007, se produce una nueva modificación, en virtud de la Ley, de 29 de diciembre, de Adopción Internacional¹⁸. La reforma relativa al artículo 154 CC se produjo como consecuencia de que el Comité de Derechos del niño advirtiera en el año 1994 que dicho precepto contradecía el artículo 19¹⁹ de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)²⁰. Dicho artículo 154 CC disponía, en su último pá-

¹⁶ LLAMAS POMBO, E.: *El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad*, Trivium editorial, Madrid, 1993, págs. 31-32. Esta cita se encuentra recogida en GARCÍA PRESAS, I., *La patria potestad*, Edit. Dykinson, Madrid, 2013, págs. 18-19.

¹⁷ *Ídem*, págs. 19-20.

¹⁸ Ley 54/2007, de 29 de diciembre, de Adopción Internacional (BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007).

¹⁹ Artículo 19: «Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial».

²⁰ UNICEF, *¿Qué es la Convención sobre los Derechos del Niño?* (en línea), <https://www.unicef.es/causas/derechos-ninos/convencion-derechos-ninos>, [fecha de consulta: 13/06/2018].

rafo que los padres «podrán corregir razonable y moderadamente a los hijos». Por consiguiente, se procedió a suprimir ese párrafo y se incluyó en el mismo precepto el respeto a la integridad física y psicológica de los mismos²¹.

Con motivo de dicha reforma se ha cuestionado si la «bofetada», medio de corrección que era posible en virtud de regulaciones anteriores, es ahora lícita o, por el contrario, es constitutiva de delito. Según lo dispuesto en los artículos 153 y 173 del Código Penal (CP), relativos a los actos de carácter violento y el trato degradante en el ámbito familiar, los padres no pueden hacer uso del castigo físico con el objetivo de corregir a sus hijos. Sin embargo y en relación con el principio de insignificancia, si la acción es mínima, es decir, que no cause ninguna lesión, el derecho penal no interveniría²². Esto queda reflejado en sentencias como la dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de A Coruña en su sentencia de 30 de junio del 2017, donde se absolvió a una madre que había propinado una bofetada a su hijo por desobedecerla. El Juzgado manifestó lo siguiente:

«Como puede apreciarse, la propia sentencia analizada y todas las que siguen la línea de que ningún acto de castigo físico es admisible, examinan el derecho de corrección, reconociendo así que aun cuando el C.C., ahora ya no haga mención al mismo, este sigue existiendo, pues no puede olvidarse que abstenerse de intervenir ante comportamientos equivocados de un hijo (absentismo escolar) podría incluso llevar a una acusación por abandono de menor»²³.

Este tratado internacional, aprobado el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea General de la ONU, recoge todos los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos de todos los niños. Los cincuenta y cuatro preceptos que lo componen son vinculantes para todos aquellos estados que la hayan ratificado²⁴ y, en el caso de España, lo fue el 30 de noviembre de 1990.

²¹ El artículo 154 CC quedaría redactado de la siguiente manera: «Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2.º Representarlos y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad».

²² MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, M.B., «La violencia habitual en el ámbito doméstico y la causa de justificación de obrar en el ejercicio legítimo de un derecho», en *Estudios penales sobre la violencia doméstica*, Edit. Edersa, Madrid, 2006.

²³ SAP de A Coruña 241/2017, de 30 de junio, FJ 2 (JUR 2017, 204268).

« (...) no abofeteó a su hijo para causarle una lesión, su intención era clara y trataba de poner fin a la actitud violenta del menor, que es el que primero acude a un acto físico de fuerza y a su comportamiento totalmente despectivo hacia ella»²⁴.

Por tanto, este derecho de corrección aún se conserva, a pesar de que el CC ya no lo incluya en su redacción. La regla general es que los progenitores no pueden reprimir a sus hijos mediante castigos corporales, salvo en algunas situaciones excepcionales, como es el caso descrito en la sentencia anteriormente citada.

Finalmente, es importante poner de manifiesto que, en la actualidad, la patria potestad es considerada como una institución destinada a proteger y cuidar a los menores, siempre pensando en su desarrollo integral y nunca destinada a restringir su capacidad. Por consiguiente, puede decirse que la patria potestad es considerada una institución tuitiva²⁵. Asimismo, la igualdad de derechos entre los progenitores es igualmente indiscutible. Con la Ley 13/2005 de 1 de julio²⁶ (que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo) se sustituyeron las expresiones «madre» y «padre» por progenitores. De esta forma, se pudo reconocer como titulares de la patria potestad a dos padres o a dos madres²⁷.

3. LA PATRIA POTESTAD

3.1 Concepto

La patria potestad engloba el conjunto de privilegios y obligaciones que median entre los padres y sus hijos. Es considerada como un efecto de la filiación y se entiende por filiación aquel vínculo existente entre los hijos y sus progenitores, del cual derivan un conjunto de derechos y obligaciones²⁸. Dicha institución posee, a su vez, una naturaleza jurídica de función, es decir, los deberes u obligaciones que son propios de los progenitores están destinados exclusivamente a asistir correctamente a los hijos²⁹.

²⁴ *Ídem*, FJ 3.

²⁵ LASARTE ÁLVAREZ, C., *op. cit.*, pág. 344.

²⁶ Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE núm.157, de 2 de julio de 2005).

²⁷ SERRANO ALONSO, E., SERRANO GÓMEZ, E., *op. cit.*, pág. 505.

²⁸ GARCÍA PRESAS, I., *La patria potestad*, Edit. Dykinson, Madrid, 2013, págs. 13-14.

²⁹ LASARTE ÁLVAREZ, C., *op. cit.*, pág. 344.

Por otro lado y en cuanto a la figura del *nasciturus* es importante aclarar que no cabría la patria potestad sobre los hijos concebidos pero no nacidos porque se requiere un sujeto pasivo sobre el que realizar la función y en dicho supuesto no existe sino hasta después de su nacimiento³⁰.

En suma y según se puede desprender del artículo 39.3 CE³¹, estarían bajo la patria potestad los hijos cuya filiación haya quedado legalmente determinada, a saber:

- Hijos matrimoniales no emancipados.
- Los hijos no matrimoniales y que no estén emancipados.
- Los hijos adoptivos.

Desde el punto de vista jurisprudencial, los tribunales han procedido a establecer una definición de lo que es patria potestad. La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1º) de 13 de enero de 2017 manifestó que:

« (...) la patria potestad constituye un officium que se atribuye a los padres para conseguir el cumplimiento del interés del menor, formulándose las causas de su privación en forma de cláusula general en el artículo 170 CC, requiriendo que se apliquen en cada caso en atención a las circunstancias concurrentes»³².

3.2 Caracteres y principios

La patria potestad se caracteriza por:

- Intransmisibilidad: no se puede llevar a cabo ningún negocio jurídico con el objetivo de transmitirla. Sin embargo, es posible que los progenitores deleguen en un tercero algunos deberes u obligaciones (por ejemplo, el caso de internamientos en centros educativos)³³.
- Irrenunciabilidad: los progenitores no pueden renunciar a la patria potestad. Su renuncia podría provocar una situación de desamparo y desprotección a los hijos, lo que perjudicaría sus intereses y derechos.

³⁰ALBALADEJO GARCIA, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, págs. 104-107.

³¹ Artículo 39.9 CE: «Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda».

³² STS 14/2017, de 13 de enero, FJ 2 (Roj: STS 13/2017).

³³ GARCIA PRESAS, I., *op. cit.*, págs. 15-16.

- Imprescriptibilidad: la patria potestad no prescribe por tratarse de una institución intransmisible e irrenunciable³⁴.

Por tanto, cualquier pacto que figure en el convenio regulador en el que se acuerde que solo uno de los padres será el titular es considerado nulo. Los progenitores, únicamente, podrán ser apartados de la misma a través de resolución judicial motivada³⁵. Sin embargo, lo que sí puede pactarse es su ejercicio, tal y como dispone el artículo 92.4 CC³⁶. Resoluciones como la de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 1ª), de 23 de abril de 2015, expresan dicha prohibición de pactar la titularidad de la patria potestad:

«Uno de los rasgos fundamentales de la patria potestad es que es indisponible e irrenunciable por el progenitor. En este sentido, el progenitor siempre va a tener ciertas obligaciones con los hijos que en caso de no cumplir voluntariamente pueden ser exigidas judicialmente y entre las mismas se encuentra el deber de proporcionar alimentos que deriva de la relación paterno-filial, y por tanto no se excluye incluso aunque se haya privado de la patria potestad. Esta indisponibilidad imposibilita la renuncia a la patria potestad voluntaria en un procedimiento judicial o de común acuerdo en un convenio regulador de separación o divorcio»³⁷.

Por otro lado, la patria potestad se caracteriza por los siguientes principios:

- Es una institución destinada al cuidado y protección de los hijos. El principio de primacía del menor, la búsqueda de su propio beneficio y el respeto y desarrollo de su personalidad son pilares básicos de la patria potestad³⁸.
- En cuanto a la duración, los hijos se encuentran sometidos a la patria potestad hasta que cumplan la mayoría de edad o hasta que se emancipan, mediante con-

³⁴ SÁNCHEZ CALERO, F. J., *Curso de Derecho civil IV. Derechos de Familia y Sucesiones*, Edit., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 334.

³⁵ DERECHO EN RED, *Privación de la patria potestad (III): ¿es posible la privación en un convenio regulador?* (en línea), <https://www.infoderechocivil.es/2015/03/privacion-patria-potestad-privacionconvenio-regulador.html> [fecha de consulta: 25/06/2019].

³⁶ Artículo 92.4 CC: «Los padres podrán acordar en el Convenio Regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad se ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges».

³⁷ SAP de Girona 92/2015, de 23 de abril, FJ 2 (JUR 2015\166182).

³⁸ PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., «La protección de los menores e incapacitados en general», en *Curso de Derecho civil (IV): Derecho de familia*, Edit. Edisofer s.l., Madrid, 2016.

cesión de los que ejercen dicha institución (artículo 317 CC³⁹) o por concesión judicial (artículos 320⁴⁰ y 321 CC⁴¹). Sin embargo, en ciertos casos, puede ser ampliada (cuando los hijos menores fuesen incapacitados y alcancen la mayoría de edad) o rehabilitada (el que siendo mayor de edad y sin haber contraído matrimonio, continúe residiendo en el domicilio familiar y, además, se le incapacite)⁴². Todo ello se encuentra regulado en el artículo 171 CC⁴³.

- Tal y como dispone el precepto 154.1 CC, tanto la titularidad como su ejercicio es conjunto de ambos progenitores.

3.3 Régimen jurídico

El CC regula en su título VII las relaciones jurídicas existentes entre los padres y sus hijos, esto es, la patria potestad. Este título se divide, a su vez, en cuatro capítulos:

-Disposiciones generales: del artículo 154 al 161. En ellos se regulan la titularidad, deberes y facultades de los progenitores y el auxilio de la autoridad judicial (artículo 154); aquellos deberes que los hijos tiene para con sus progenitores (artículo 155); ejercicio de los progenitores (artículo 156); la patria potestad ejercida por menor no emancipado (artículo 157); las medidas adoptadas por el juez (artículo 158); guarda y custodia (artículo 159); y relaciones personales de los hijos con otros parientes (artículo 160 y 161).

³⁹ Artículo 317 CC: «Para que tenga lugar la emancipación por concesión de quienes ejerzan la patria potestad, se requiere que el menor tenga dieciséis años cumplidos y que la consienta. Esta emancipación se otorgará por escritura pública o por comparecencia ante el Juez encargado del Registro».

⁴⁰ Artículo 320 CC: «El Juez podrá conceder la emancipación de los hijos mayores de dieciséis años si éstos la pidieren y previa audiencia de los padres: 1.º Cuando quien ejerce la patria potestad contrajere nupcias o conviviere maritalmente con persona distinta del otro progenitor. 2.º Cuando los padres vivieren separados. 3.º Cuando concorra cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad».

⁴¹ Artículo 321 CC: «También podrá el Juez, previo informe del Ministerio Fiscal, conceder el beneficio de la mayor edad al sujeto a tutela mayor de dieciséis años que lo solicitare».

⁴² SERRANO ALONSO, E., SERRANO GÓMEZ, E., *op. cit.*, pág. 506.

⁴³ Artículo 171 CC: «La patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados quedará prorrogada, por ministerio de la Ley, al llegar aquéllos a la mayor edad. Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera menor de edad. La patria potestad prorrogada en cualquiera de estas dos formas se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y, subsidiariamente, en las reglas del presente título. La patria potestad prorrogada terminará: 1.º Por la muerte o declaración de fallecimiento de ambos padres o del hijo. 2.º Por la adopción del hijo. 3.º Por haberse declarado la cesación de la incapacidad. 4.º Por haber contraído matrimonio el incapacitado. Si al cesar la patria potestad prorrogada subsistiere el estado de incapacitación, se constituirá la tutela o curatela, según proceda».

-De la representación legal de los hijos: artículos 162 (situaciones en las que procede la representación legal) y 163 (figura del defensor judicial).

-De los bienes de los hijos y su administración: del artículo 164 al 168. En ellos se regulan aquellos bienes que se exceptúan de la administración de los progenitores (artículo 164); los bienes del menor destinados al levantamiento de cargas (artículo 165); herencias deferidas en favor del hijo (artículo 166); las medidas adoptadas por el juez con el fin de proteger los bienes del hijo en caso de que la administración de los padres ponga en peligro su patrimonio (artículo 167); la acción para exigir a los padres la rendición de cuentas de la administración de los bienes del hijo, una vez finalizada la patria potestad (artículo 168).

-De la extinción de la patria potestad: del artículo 169 al 171. En ellos se regulan los supuestos en los que dicha institución finaliza (artículo 169); privación y recuperación de la misma (artículo 170); prórroga o rehabilitación de la potestad parental (artículo 171).

Por otro lado, no debe olvidarse la existencia de una serie de normas de derecho civil especial o foral que regulan dichas relaciones, como por ejemplo, en el caso de la comunidad autónoma de Navarra: Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (Libro primero: De las personas y de las familias, título V: De la patria potestad y de la filiación, leyes 63-67).

Finalmente, otra de las leyes que regulan algunos aspectos relativos a la institución mencionada es la Ley, de 2 de julio, de Jurisdicción voluntaria⁴⁴. En su capítulo II recogido en el título III (De los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de

⁴⁴ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015). Esta ley fue aprobada con el objetivo de renovar nuestro ordenamiento procesal civil y dotarle de una mayor congruencia. De este modo, se ha conseguido un mayor acercamiento del ciudadano a la justicia, proporcionándole nuevas vías que faciliten la resolución de sus problemas de forma más rápida. Asimismo, esta nueva regulación deja a elección del ciudadano la resolución de ciertos expedientes (aquellos que no afecten por ejemplo a derechos fundamentales, de los que tendría que conocer el juez) por profesionales altamente capacitados, como notarios o letrados de la Administración de Justicia. Asimismo y como se ha expresado antes, los procesos son más ágiles y la justicia se hace mucho más accesible para todos los ciudadanos. SÁNCHEZ CORTÉS, C., *La jurisdicción voluntaria al servicio del ciudadano* (en línea), https://elpais.com/economia/2017/04/19/mis_derechos/1492610109_582125.html, [fecha de consulta: 25/06/2019].

familia) legaliza la intervención judicial en ciertos casos relacionados con la institución⁴⁵.

4. CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD

La doctrina española reconoce dos aspectos diferentes relativos a la patria potestad: el personal, que engloba los derechos y deberes de los progenitores así como los deberes de los hijos; y el patrimonial, referido a los bienes de los hijos y su administración o disposición⁴⁶.

4.1 Contenido personal

Aquí encontramos los deberes y facultades que son propios de los progenitores, así como también las obligaciones de los hijos⁴⁷.

4.1.1 Derechos y deberes de los progenitores

El precepto 154 CC hace referencia a este conjunto de obligaciones y facultades y, además, pone de manifiesto esa doble vertiente de deber/derecho de la patria potestad. Estos deberes subsisten aun en los casos de separación y divorcio⁴⁸. De esta forma, los progenitores deberán:

-Velar por los hijos: se concibe como la obligación de protegerles en todo momento. Dentro de este deber se engloban otros como el de tener a los hijos en su compañía, el de vigilancia o el de control⁴⁹. El artículo 110 CC establece que los progenitores deben velar siempre por sus hijos menores, posean o no la patria potestad, ya que es una obligación que deriva directamente de la filiación. El ámbito temporal de esta obligación de asistencia se encuentra recogido en el artículo 39.3 CE⁵⁰: menores no emanci-

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ ALBALADEJO GARCÍA, M., *op. cit.*, pág. 91.

⁴⁷ GARCÍA PRESAS, I., *op. cit.*, pág. 24.

⁴⁸ LEFEBVRE, F. (edit.), *Relaciones Paterno-Filiales*, Edit. Francis Lefebvre, Madrid, 2019, pág. 9.

⁴⁹ SÁNCHEZ CORTÉS, C., *La jurisdicción voluntaria al servicio del ciudadano* (en línea), https://elpais.com/economia/2017/04/19/mis_derechos/1492610109_582125.html, [fecha de consulta: 30/06/2019].

⁵⁰ Artículo 39.3 CE: «Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda».

pados y aquellos supuestos que la ley establezca, como es el caso de un hijo que presente deficiencias físicas o mentales⁵¹.

El Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1º), en su sentencia de 9 de noviembre de 2015, estableció que se debe tener en cuenta en todo momento el interés superior del menor y se le debe brindar una adecuada protección⁵².

-Tenerlos en su compañía: referido a la cohabitación del hijo con sus padres y a la comunicación afectiva e intelectual⁵³. Esta obligación se encuentra relacionada con la guarda y custodia de los hijos, la cual se concibe como aquella facultad inherente a la patria potestad. Sin embargo, ambas figuras presentan algunas diferencias. La guarda y custodia alude a las actividades cotidianas, todo lo que conlleva la convivencia habitual con aquellos⁵⁴. Asimismo, en aquellos casos en los que los padres convivan juntos, la guarda y custodia coincide en ambos. Sin embargo, cuando tiene lugar la ruptura matrimonial aquella podrá atribuirse a ambos padres (custodia compartida, concepto que se tratará en detalle más adelante) o solo a uno⁵⁵. No obstante, la patria potestad se refiere a los actos relativos al cuidado y educación de los hijos que posean una mayor relevancia y que no se desprendan de la convivencia habitual con aquellos. Es el caso de la elección del colegio, entre otros⁵⁶.

En aquellos casos en los que la guarda y custodia no sea compartida su cumplimiento se llevará a cabo a través del régimen de visitas⁵⁷. La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 2015, anteriormente citada, menciona también la obligación del progenitor no custodio de cumplir con el régimen de visitas⁵⁸.

⁵¹ GARCIA PRESAS, I., *op. cit.*, pág. 25.

⁵² STS 621/2015, de 9 de noviembre, FJ 3 (Roj: STS 4575/2015).

⁵³ URRUTIA BADIOLA, A. *et alii*, *Cuaderno teórico Bolonia III. Derecho de familia*, Edit. Dykinson, Madrid, 2012, págs. 129-136.

⁵⁴ CARRASCO PERERA, A. (coord.), *Lecciones de Derecho civil. Derecho de familia*, Edit. Tecnos, Madrid, 2017., pág. 200.

⁵⁵ BAYARRI MARTÍ, M.L., *El régimen de guarda y custodia en España. Derecho común y Comunidades Autónomas con Derecho civil propio* (en línea), <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4927-el-regimen-de-guarda-y-custodia-en-espana-derecho-comun-y-comunidades-autonomas-con-derecho-civil-propio/>, [fecha de consulta: 30/06/2019].

⁵⁶ GARCIA PRESAS, I., *op. cit.*, págs. 119-124.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ FJ 1.

-Prestarles alimentos: según lo establecido en los preceptos 110 y 111 CC, los progenitores tienen la obligación de prestar alimentos a sus hijos posean o no la titularidad de la patria potestad, por tratarse de un deber derivado de la filiación⁵⁹. Así lo establece la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6º) de 18 de junio del 2014, la cual vuelve a mencionar el artículo 110 CC, así como también los artículos 154.1 y 92 CC para justificar que dicho deber continua patente sean los hijos matrimoniales o no matrimoniales e, incluso, tras la ruptura matrimonial⁶⁰.

-Educarlos y procurarles una formación integral: los padres tienen la obligación de escolarizar a sus hijos y deben asegurarse de que cumplen con la enseñanza obligatoria, la cual comprende desde los seis años hasta los dieciséis⁶¹. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 6º) de 23 de marzo de 2017 condenó a unos padres por permitir que sus tres hijos se ausentaran del colegio con frecuencia durante cuatro cursos escolares seguidos, desatendiendo así las necesidades de formación de sus hijos⁶². Por otro lado y en cuanto a la práctica denominada *homeschooling* o enseñanza en casa, el Tribunal Constitucional (Sala Primera) en su sentencia de 2 de diciembre de 2010 obligaría a más de una familia a escolarizar a sus hijos ya que, el derecho de los padres a elegir un sistema educativo diferente al de escolarización no se encuentra recogido en la CE⁶³.

-Recabar el auxilio de la autoridad: así lo dispone el último párrafo del precepto 154 CC. En la práctica, este deber se aplica en relación al deber de los progenitores de tener a sus hijos en su compañía. Es el caso, por ejemplo, de que el hijo menor no emancipado abandone la vivienda familiar sin contar con el consentimiento de los padres, quienes podrán solicitar ayuda de la autoridad con el objetivo de que el hijo regrese a la vivienda⁶⁴. Asimismo, la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10º) manifestó en su auto de 5 de diciembre de 2011 que la autoridad judicial o administrativa puede negarse a la restitución del menor en caso de que este se oponga a la misma,

⁵⁹ GARCIA PRESAS, I., *op. cit.*, pág. 25.

⁶⁰ SAP de Málaga 443/2014, de 18 de junio, FJ 2 (JUR 2014\281648).

⁶¹ Así lo dispone la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (BOE núm. 106, de 4 de mayo de 2006).

⁶² SAP de Barcelona 411/2017, de 23 de marzo, FJ 2 (Roj: SAP B 4125/2017).

⁶³ STC 133/2010, de 2 de diciembre, FJ 5 (BOE núm. 4, de 05 de enero de 2011).

⁶⁴ URRUTIA BADIOLA, A. *et alii*, *op. cit.*, págs. 129-136.

siempre y cuando posea un grado suficiente de madurez. Sin embargo, esto no siempre es así ya que, el menor puede negarse, pero la autoridad judicial puede prever otra cosa⁶⁵.

Finalmente, debe mencionarse que la inobservancia de cualquiera de estos deberes es constitutivo de un delito tipificado en el artículo 226 CP⁶⁶.

4.1.2 *Deberes de los hijos*

El precepto 155 CC, en su párrafo primero, regula el deber de los hijos de respetar y obedecer a sus padres. El respeto hacia los progenitores es una obligación que deriva directamente de la filiación, por tanto se trata de un deber de carácter ilimitado, para toda la vida. Sin embargo, esto no ocurre con el deber de obediencia, el cual se agota cuando finaliza la patria potestad⁶⁷.

Otro de los deberes es el de «contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella», según dispone el segundo párrafo del artículo anteriormente citado. Es una obligación de contenido patrimonial, por lo que se hablará de ella más adelante.

4.2 **Contenido patrimonial**

4.2.1 *La administración de los bienes de los hijos*

El artículo 164 CC establece que los padres deben administrar los bienes de los hijos con el mismo cuidado y atención que si de los suyos se tratara. Deben procurar que el patrimonio genere frutos y que esos bienes no sufran ningún tipo de menoscabo y, en caso de extravío o daño de los mismos por dolo o culpa grave, deberán responder los progenitores. Así lo establece el artículo 168 CC. Además, este mismo precepto manifiesta que, una vez que finaliza la patria potestad, los padres deberán rendir cuentas

⁶⁵ AAP de Valencia 405/2011, de 5 de diciembre, FJ 2 (JUR 2012\42019).

⁶⁶ Artículo 226 CP: «1. El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses. 2. El Juez o Tribunal podrá imponer, motivadamente, al reo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años».

⁶⁷ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de derecho civil tomo IV. Derecho de la persona y de la familia*, Edit. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pág. 376.

siempre y cuando lo reclamen los hijos y se solicite dentro del plazo de tres años que marca la ley.

Sin embargo, encontramos una serie de bienes que quedan fuera de dicha administración:

1. Los bienes obtenidos por el hijo a título gratuito cuando el disponente de dichos bienes así lo estableciera expresamente. De esta forma, aquel podrá establecer el régimen de administración de los bienes, así como el destino de sus frutos. La voluntad del disponente posee una especial relevancia y, por ello, debe cumplirse⁶⁸.

2. Los adquiridos por el hijo en virtud de una herencia en la que uno de los progenitores o ambos hayan sido desheredados o no hayan podido heredar por ser indignos. Dicho patrimonio será administrado por aquel que hubiera designado el causante y, en defecto de este y de forma sucesiva, por el otro progenitor que no hubiera sido privado de la herencia o por un administrador judicial.

3. Los ingresos que el hijo mayor de dieciséis años haya adquirido en virtud de su trabajo, estableciéndose una distinción entre actos ordinarios y extraordinarios. Los primeros se llevarán a cabo por el hijo y los segundos será necesario el consentimiento de los padres.

4.2.2 *Obligación de colaborar con el levantamiento de cargas*

Como ya se ha mencionado anteriormente, los hijos deberán contribuir con el pago de los gastos familiares siempre y cuando convivan con sus progenitores y tengan medios suficientes para ello (artículo 155.2 CC). La cantidad con la que se hará frente a dichos gastos se establece en función de la necesidad familiar. Por otro lado, no debe confundirse este deber con la obligación de dar alimentos, ya que se trata de supuestos distintos⁶⁹.

Asimismo, el precepto 165 CC alude a la potestad propia de los padres para contribuir al pago de los gastos ordinarios con los beneficios obtenidos por el menor no emancipado. Se exceptúa el patrimonio que el hijo haya obtenido por donación o en

⁶⁸ LLEDÓ YAGÜE, F., MONJE BALMASEDA, O., HERRÁN ORTIZ, A.I., *Derecho de familia: Cuaderno III: las relaciones paterno-filiales, adopción y potestad parental*, Edit. Dykinson, Madrid, 2017, págs. 153-154.

⁶⁹ LLEDÓ YAGÜE, F., MONJE BALMASEDA, O., HERRÁN ORTIZ, A.I., *op. cit.*, pág. 135.

virtud de una herencia, así como los donados para su educación. Asimismo, los progenitores no tienen la obligación de rendir cuentas de lo que se destina al levantamiento de cargas.

4.2.3 *La autorización judicial como requisito para la realización de determinados actos*

El precepto 166 CC establece que el llevar a cabo ciertos actos como son la renuncia de derechos cuya titularidad corresponde a los hijos o la realización de actos dispositivos, como por ejemplo gravar o enajenar bienes inmuebles, requieren previa autorización judicial. Por consiguiente, los poderes de disposición que ostentan los progenitores sobre el patrimonio de sus hijos son limitados⁷⁰.

Por otra parte, dicha autorización únicamente se obtendrá si existen, según dispone el precepto, «causas justificadas de utilidad y necesidad», es decir, que con ello se intente evitar un perjuicio grave para el patrimonio del hijo o que sirva para la subsistencia del menor⁷¹.

Asimismo, existen ciertos supuestos en los cuales no se precisa la autorización judicial, como es el caso de que el hijo menor tenga dieciséis años y lo consienta en documento público o para la enajenación de valores mobiliarios, siempre y cuando el importe obtenido se vuelva a invertir en bienes o valores seguros. Así lo establece el artículo 166 CC en su último párrafo. Además tampoco sería necesaria autorización para gravar o enajenar bienes muebles de poco valor⁷².

4.2.4 *La protección del patrimonio de los hijos*

En los casos en los que la administración de los padres perjudique de forma notable el patrimonio de los hijos, el juzgador, mediante solicitud del propio hijo, del Ministerio Público o de cualquier pariente del menor, deberá intervenir. Este control judicial se regula en el artículo 167 CC⁷³. Entre las medidas que pueden ser adoptadas para

⁷⁰ VELA SÁNCHEZ, A., *Derecho Civil para el grado IV: derecho de familia*, Edit. Dykinson, Madrid, 2007, pág. 107.

⁷¹ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.T., «El proceso formativo del actual artículo 166 del código civil», *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, nº 11, 1985, págs. 70-98.

⁷² MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.T., *op. cit.*, págs. 70-98.

⁷³ Artículo 167 CC: «Cuando la administración de los progenitores ponga en peligro el patrimonio del hijo, el Juez, a petición del propio hijo, del Ministerio Fiscal o de cualquier pariente del menor, podrá

proteger el patrimonio del menor destacan: «recaudo de los bienes, exigir caución o fianza para la continuación en la administración o incluso nombrar un Administrador» y en este último caso se les privaría a los progenitores de dicha facultad⁷⁴.

4.3 Representación legal

La representación legal queda recogida en el precepto 162.1 CC⁷⁵ y su atribución radica en la falta de capacidad de obrar de los hijos⁷⁶. Además, se trata de un mandato efectuado y otorgado por la Ley. La condición de sujeto activo la ostentan los progenitores titulares de la patria potestad y ejercientes de la misma⁷⁷, y la condición de sujeto pasivo la posee el hijo menor no emancipado, además de aquellos hijos a los que se les haya tenido que prorrogar o rehabilitar la patria potestad⁷⁸.

Esta representación comprende tanto actuaciones de carácter judicial como extrajudicial que afecten al hijo⁷⁹. Sin embargo, el artículo 162.2 CC⁸⁰ recoge una serie de excepciones donde no cabe esta representación:

- Cuando se traten de actuaciones que supongan un ejercicio de los derechos de la personalidad que los hijos puedan llevar a cabo por sí mismos.
- Las situaciones en las que tenga lugar un conflicto de intereses.
- Actos relativos a bienes que no pueden ser administrados por los progenitores.

adoptar las medidas que estime necesarias para la seguridad y recaudo de los bienes, exigir caución o fianza para la continuación en la administración o incluso nombrar un Administrador».

⁷⁴ LLEDÓ YAGÜE, F., MONJE BALMASEDA, O., HERRÁN ORTIZ, A.I., *op. cit.* pág. 110.

⁷⁵ Artículo 162.1 CC: «Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados».

⁷⁶ LLEDÓ YAGÜE F., MONJE BALMASEDA, O., HERRÁN ORTIZ, A.I., *op. cit.*, págs. 147-148.

⁷⁷ *Ibidem.*

⁷⁸ VELA SÁNCHEZ, A., *op.cit.*, pág. 106.

⁷⁹ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de...*, pág. 281.

⁸⁰ Artículo 162.2 CC: «1.º Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo. No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia. 2.º Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo. 3.º Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres».

5. EJERCICIO Y TITULARIDAD

5.1 Concepto y contenido

Como ya se ha establecido con anterioridad, los progenitores son los que ostentan la titularidad de la patria potestad (artículo 154 CC) y el artículo 156 CC⁸¹ establece quienes pueden ejercerla, siempre y cuando sean titulares de la misma. La titularidad atribuye al progenitor una serie de derechos y obligaciones y el ejercicio consiste en llevar a cabo esos deberes u obligaciones siempre en beneficio de los hijos⁸². Sin la titularidad no se puede ejercer, pero en ocasiones y como ya veremos más adelante, aun siendo titular, se priva al progenitor de su ejercicio. De esta forma, la regla general consiste en una titularidad y ejercicio conjuntos⁸³. Destacan los siguientes supuestos, los cuales se analizarán independientemente de si concurre o no un caso de separación o divorcio.

5.2 Titularidad y ejercicio conjunto

La titularidad de la patria potestad la ostentan los progenitores en igualdad de condiciones (artículo 154 CC), titularidad que nace en el momento en el que se determina la filiación (matrimonial, extramatrimonial o adoptiva)⁸⁴.

⁸¹ Artículo 156 CC: « La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad. Dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de éste para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de éstos. En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años. En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro. En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro. Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio».

⁸² GARCIA PRESAS, I., *op. cit.*, pág. 63.

⁸³ LLEDÓ YAGÜE, F., MONJE BALMASEDA, O., HERRÁN ORTIZ, A.I., *op. cit.*, pág. 136-137.

⁸⁴ SERRANO ALONSO, E., SERRANO GÓMEZ, E., *op. cit.*, pág. 505.

Por otro lado, el ejercicio de la patria potestad también es dual (artículo 156 CC), pero existen casos en los que uno de los progenitores puede actuar de forma individual con el consentimiento del otro, siempre que se trate de situaciones que formen parte de la vida cotidiana del menor y que no afecten a su patrimonio, así como decisiones que no sean de especial trascendencia. Asimismo, en casos de emergencia podrá el cónyuge actuar de forma individual, pero deberá comunicárselo sin demora al otro cónyuge. A pesar de que la actuación sea individual, dichas situaciones no se consideran excepciones al principio general (actuación conjunta)⁸⁵.

En los casos de separación y divorcio, la patria potestad será igualmente ejercida de forma conjunta por ambos progenitores, siempre y cuando no concurra ninguna causa que prohíba un ejercicio dual. Así lo manifestó la Audiencia Provincial de Girona en su sentencia ya citada de 23 de abril de 2015: «... la patria potestad/potestad parental, es ejercida de manera conjunta por ambos progenitores aunque exista una separación o divorcio, y uno de ellos tenga la guardia y custodia»⁸⁶.

5.3 Titularidad conjunta y ejercicio individual

Existen situaciones en las que, a pesar de que la titularidad sea conjunta, el ejercicio corresponde única y exclusivamente a uno solo de los progenitores. El artículo 156 CC regula dichos supuestos:

- En los casos en los cuales exista disentimiento a la hora de alcanzar un acuerdo, los padres podrán acudir al juez quien decidirá que progenitor será el que resuelva el asunto. En estos casos se instará un procedimiento de jurisdicción voluntaria regulado en la Ley de Jurisdicción voluntaria, en concreto en los artículos 86 y siguientes⁸⁷. El juez deberá, además, escuchar al hijo, siempre y cuando tenga más de doce años y sea suficientemente maduro. Si los desacuerdos son continuados, el juez podrá atribuir la facultad de decidir de forma total o parcial a uno de los progenitores, decisión que no podrá durar más de dos años. Un claro ejemplo de situación controvertida es la elección del colegio.

⁸⁵ LLEDÓ YAGÜE, F., MONJE BALMASEDA, O., HERRÁN ORTIZ, A.I., *op. cit.* págs. 137- 138.

⁸⁶ FJ 2.

⁸⁷ IBERLEY, *La elección del colegio de los hijos en caso de desacuerdo de los progenitores* (en línea), <https://www.iberley.es/noticias/eleccion-colegio-hijos-caso-desacuerdo-progenitores-28319> [fecha de consulta: 16/07/2019].

- Otro de los casos que imposibilita que el ejercicio sea conjunto es el relativo a la incapacidad reconocida en virtud de sentencia judicial de uno de los progenitores o a la imposibilidad, por ejemplo, como consecuencia de una enfermedad. Ambas causas dificultan el ejercicio de la patria potestad, por lo que se produce una suspensión de la misma y cuando dichas causas cesen, el progenitor afectado recuperará su ejercicio⁸⁸.
- En caso de privación parcial de la misma (queda suspendido el ejercicio) en resolución dictada en causa criminal o matrimonial, como consecuencia del no cumplimiento de las obligaciones propias de los progenitores. Así queda recogido en el artículo 170 CC⁸⁹.
- Finalmente, cuando los progenitores pacten en el convenio regulador el ejercicio de la patria potestad (artículo 92.4 CC).

Es preciso aclarar que el progenitor que sea titular pero no ejerciente «pierde las facultades, pero debe cumplir los deberes inherentes al cargo»⁹⁰.

5.4 Titularidad y ejercicio individual

En estos casos solo uno de los progenitores posee la titularidad de la patria potestad y, por tanto, solo él puede ejercerla. Encontramos los siguientes supuestos:

- Cuando la filiación haya sido constituida respecto de uno solo de los progenitores o, en caso de adopción, cuando sea uno el que adopte⁹¹.
- En caso de fallecimiento o declaración de fallecimiento de uno de los padres (artículo 169 CC⁹²).
- Cuando se prive totalmente a los padres de la patria potestad (privación del ejercicio y titularidad⁹³) ya sea por sentencia dictada en causa criminal o matrimo-

⁸⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Manual de derecho civil: Derecho de Familia*, Edit. Bercal, Madrid, 2015, pág. 260.

⁸⁹ Artículo 170 CC: «El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación».

⁹⁰ GARCIA PRESAS, I., *op. cit.*, pág. 63.

⁹¹ CARRASCO PERERA, A. (coord.), *op. cit.*, pág. 144.

⁹² Artículo 169 CC: «La patria potestad se acaba: 1.º Por la muerte o la declaración de fallecimiento de los padres o del hijo. 2.º Por la emancipación. 3.º Por la adopción del hijo».

⁹³ CARRASCO PERERA, A. (coord.), *op. cit.*, págs. 154-155.

nial, por no cumplir con las funciones propias de los progenitores, tal y como establece el precepto 170 CC. Dicho incumplimiento debe ser reiterado, grave y lesivo para el interés del menor.

Por otra parte, aunque el CP solo hace mención sobre la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, en los casos de violencia de género, el Juez de lo penal podrá adoptar las medidas civiles pertinentes con el fin de proteger los intereses del menor. Así lo pone de manifiesto el artículo 65 de la Ley Orgánica, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁹⁴, que modificó la Ley Orgánica, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁹⁵.

- En caso del artículo 111.2 CC: «cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición». El Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 3º), en su resolución de 16 de febrero de 2012 manifiesta que «se trata de una norma que sanciona la negativa del padre demandado al reconocimiento de la filiación, cuando ésta resulta probada». La oposición del progenitor debe efectuarse ante lo que se ha probado y, por ello, es indudable⁹⁶.

5.5 Supuesto de no convivencia

Los artículos 156.5 y 159 CC hacen referencia a este supuesto de no convivencia, donde el legislador se refiere únicamente a la separación de hecho⁹⁷. El artículo 156.5 CC⁹⁸ alude a aquellas situaciones donde los progenitores están separados de he-

⁹⁴ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004). El artículo 65 establece lo siguiente: «El Juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él. Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de los menores. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución».

⁹⁵ MAGRO SERVET, V., *La privación de la patria potestad como medida civil aplicable en el proceso penal* (en línea), http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Privacion-patria-potestad-medida-aplicableproceso-penal_11_1061305001.html [fecha de consulta: 17/07/2019].

⁹⁶ STS 55/2012, de 16 de febrero, FJ 2 (Roj: STS 839/2012).

⁹⁷ LLEDÓ YAGÜE, F., MONJE BALMASEDA, O., HERRÁN ORTIZ, A.I., *op. cit.* pág. 142.

⁹⁸ Artículo 156.5 CC: «Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio».

cho y el progenitor que convive con el hijo es el que se encarga de ejercer la patria potestad, mostrándose el otro conforme. Ambos son titulares, pero solo uno de ellos posee el ejercicio. Sin embargo, cabe la posibilidad de que el progenitor no ejerciente solicite al juez que se le atribuya este derecho⁹⁹.

Este precepto se completa con el artículo 159 CC¹⁰⁰, disposición que regula los casos en los que no existe el acuerdo entre los padres. Será el juez quien lo resuelva, teniendo siempre muy presente el interés superior del menor. Para ello, se deben tener en cuenta ciertos criterios como es la situación laboral de los progenitores, si tienen medios económicos suficientes¹⁰¹. En este sentido, la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 6ª) en su sentencia de 13 de abril de 2016 menciona de forma expresa este criterio. El padre solicita un cambio de custodia la cual, hasta el momento, pertenecía a la madre. Sin embargo, al no contar con medios económicos suficientes para mantener al menor la Audiencia desestima la petición, manteniéndose la guarda y custodia en favor de la madre¹⁰².

5.6 Patria potestad del menor no emancipado

Este caso particular se encuentra recogido en el artículo 157 CC¹⁰³. El menor ejerce la patria potestad sobre sus hijos con el auxilio de sus progenitores y, en defecto de estos, con la ayuda del tutor. En caso de existir desavenencias entre los progenitores de estos menores no emancipados, el juez se encargará de asistirles. Los hijos de los menores no emancipados son no matrimoniales ya que, al no estar emancipados no pueden contraer matrimonio¹⁰⁴.

⁹⁹ GARCIA PRESAS, I., *op. cit.*, pág. 56.

¹⁰⁰ Artículo 159 CC: «Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años».

¹⁰¹ NOTICIAS JURÍDICAS, *El TS establece criterios para asignar el uso de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida de los hijos* (en línea), <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/4204-el-ts-establece-criterios-para-asignar-el-uso-de-lavivienda-familiar-en-los-casos-de-custodia-compartida-de-los-hijos/> [fecha de consulta: 5/06/2018].

¹⁰² SAP de Alicante 85/2016, de 13 de abril, FJ 1 (JUR 2016\148278).

¹⁰³ Artículo 157 CC: «El menor no emancipado ejercerá la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia de sus padres y, a falta de ambos, de su tutor; en casos de desacuerdo o imposibilidad, con la del Juez».

¹⁰⁴ Artículo 46: «No pueden contraer matrimonio: 1.º Los menores de edad no emancipados. 2.º Los que estén ligados con vínculo matrimonial».

5.7 Control judicial en el ejercicio de la patria potestad

Las medidas que el juzgador podrá adoptar en este caso se encuentran reguladas en el precepto 158 CC¹⁰⁵. Dichas decisiones, como las destinadas a procurar los alimentos al hijo, tienen como objetivo evitar un perjuicio de los intereses del menor provocado por los progenitores. En este sentido, el juez podrá actuar de oficio o mediante solicitud del propio hijo, de algún familiar suyo o del Ministerio Fiscal. Sin embargo, dicho precepto no aclara cuáles son los límites del juzgador, lo que puede provocar numerosas injerencias por parte del mismo. Lo mismo ocurre en el caso de los sujetos que pueden requerir la intervención del juez. El artículo hace referencia a «cualquier pariente», sin establecer límite de grado¹⁰⁶.

6. EXTINCIÓN, PRIVACIÓN Y EXCLUSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

La extinción de la patria potestad conlleva su cese indefinido, ya sea respecto de uno de los progenitores o de los dos. En el caso de que el cese se produzca respecto de los dos, entra en juego la figura del tutor, siempre que el hijo sea menor de edad¹⁰⁷.

El precepto 169 CC establece cuales son los motivos por los cuales se produce el cese de dicha institución, a saber:

¹⁰⁵ Artículo 158 CC: «El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: 1.º Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres. 2.º Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda. 3.º Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes: a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa. b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido. c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor. 4.º La medida de prohibición a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, con respeto al principio de proporcionalidad. 5.º La medida de prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad. 6.º En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. Se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses. En caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria».

¹⁰⁶ LLEDÓ YAGÜE, F., MONJE BALMASEDA, O., HERRÁN ORTIZ, A.I., *op. cit.*, págs. 143-144.

¹⁰⁷ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *op. cit.*, pág. 382.

1º Por muerte o declaración de fallecimiento de los progenitores o del hijo. Si solo fallece uno de los padres, será el progenitor superviviente el que deba ejercer la patria potestad, siempre que no haya sido privado de la misma¹⁰⁸.

2º Por emancipación del hijo o cuando alcance la mayoría de edad, siendo este último caso el supuesto real de extinción plena. A pesar de que el menor esté emancipado, en ciertos supuestos siguen necesitando el consentimiento de sus padres¹⁰⁹.

3º Adopción del hijo. Los progenitores biológicos dejan de ser los titulares de la patria potestad, mientras que los adoptantes se convierten en los nuevos titulares de la misma.

Por otro lado, según el precepto 170 CC se puede privar a los progenitores de forma total o parcial. Nuestro CC no dispone nada más acerca de las clases de privación, sin embargo podemos entender que la privación será total cuando los padres pierdan la titularidad, así como también el ejercicio; y será parcial cuando se ponga fin de forma temporal a su ejercicio¹¹⁰. La privación tendrá lugar en los siguientes supuestos:

- En los supuestos de ausencia, incapacidad e imposibilidad de uno de los progenitores, tal y como se ha manifestado anteriormente (artículo 156.4 CC). En este caso estaríamos ante una suspensión temporal del ejercicio de la patria potestad¹¹¹.
- Por sentencia dictada en causa criminal. Se refiere a los casos en los que, en virtud del hecho ilícito que se lleva a cabo, el CP establecerá como pena accesoria o principal la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, es decir, se produce una suspensión de la misma¹¹². En este sentido, la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 4º), en su auto de 31 de enero de 2017, confirmó el auto dictado por el Juzgado de Instrucción Nº1 en el que se privaba de la patria potestad a unos padres por existir indicios de maltrato hacia la menor, la cual presentaba hematomas y fracturas¹¹³. Sin embargo, para prohibir su

¹⁰⁸ *Ídem*, pág. 154.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ CARRASCO PERERA, A. (coord.), *op. cit.*, págs. 154-155.

¹¹¹ *Ídem*, pág. 155.

¹¹² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *op. cit.*, pág. 260.

¹¹³ AAP de Madrid 82/2017, de 31 de enero (JUR 2017\60541).

ejercicio no es necesario que la actuación perjudicial vaya destinada al hijo. En este sentido, cabe destacar el artículo 544 quinquies de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim)¹¹⁴, donde se prevé la suspensión de la patria potestad cuando se trate de una situación en la que se esté investigando un delito contra la integridad física, moral o sexual de la pareja o descendientes. De esta forma, el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1º), en su sentencia ya dictada, de 13 de enero de 2017, privó de la patria potestad a un padre que agredió sexualmente a la hermana del menor y manifestó lo siguiente:

«Para la privación de la patria potestad no es necesario que la agresión o incumplimiento de deberes tenga como sujeto pasivo directo al hijo, sino como se refiere en las sentencias citadas, también se puede inferir de la agresión a la madre o, como en este caso, a una hermana»¹¹⁵.

- Por sentencia dictada en causa matrimonial. Este supuesto alude a las decisiones acordadas por el juzgador en los casos de separación, divorcio o nulidad matrimonial (artículo 92.3 CC)¹¹⁶.

La privación deberá establecerse únicamente cuando los padres no cumplan con sus obligaciones y dicho incumplimiento tenga transcendencia y sea insistente. Por otra parte, se debe comprobar que esa privación no va a perjudicar al menor. Así lo estable-

¹¹⁴ Artículo 544 quinquies LECrim: «1. En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, el Juez o Tribunal, cuando resulte necesario al fin de protección de la víctima menor de edad o con la capacidad judicialmente modificada, en su caso, adoptará motivadamente alguna de las siguientes medidas: a) Suspender la patria potestad de alguno de los progenitores. En este caso podrá fijar un régimen de visitas o comunicación en interés del menor o persona con capacidad judicialmente modificada y, en su caso, las condiciones y garantías con que debe desarrollarse. b) Suspender la tutela, curatela, guarda o acogimiento. c) Establecer un régimen de supervisión del ejercicio de la patria potestad, tutela o de cualquier otra función tutelar o de protección o apoyo sobre el menor o persona con la capacidad judicialmente modificada, sin perjuicio de las competencias propias del Ministerio Fiscal y de las entidades públicas competentes. d) Suspender o modificar el régimen de visitas o comunicación con el no conviviente o con otro familiar que se encontrara en vigor, cuando resulte necesario para garantizar la protección del menor o de la persona con capacidad judicialmente modificada. 2. Cuando en el desarrollo del proceso se ponga de manifiesto la existencia de una situación de riesgo o posible desamparo de un menor y, en todo caso, cuando fueran adoptadas algunas de las medidas de las letras a) o b) del apartado anterior, el Secretario judicial lo comunicará inmediatamente a la entidad pública competente que tenga legalmente encomendada la protección de los menores, así como al Ministerio Fiscal, a fin de que puedan adoptar las medidas de protección que resulten necesarias. A los mismos efectos se les notificará su alzamiento o cualquier otra modificación, así como la resolución a la que se refiere el apartado 3. 3. Una vez concluido el procedimiento, el Juez o Tribunal, valorando exclusivamente el interés de la persona afectada, ratificará o alzará las medidas de protección que hubieran sido adoptadas. El Ministerio Fiscal y las partes afectadas por la medida podrán solicitar al Juez su modificación o alzamiento conforme al procedimiento previsto en el artículo 770 Ley de Enjuiciamiento Civil».

¹¹⁵ FJ 2.

¹¹⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *op. cit.*, pág. 260.

ció el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1º) en su sentencia de 6 de junio de 2014¹¹⁷. Se trata, por tanto, de una medida de carácter excepcional.

Por otra parte, la patria potestad puede ser reestablecida en aquellos casos en los que se haya privado de la misma. El artículo 170.2 CC dispone que cuando las causas que provocaron la privación cesen se podrá proceder al restablecimiento de la misma. Sin embargo, esta recuperación se produce de forma distinta dependiendo del tipo de privación. Si se trata de privación parcial, la patria potestad se reestablecerá de forma automática. En cambio, si es total, se requiere un nuevo procedimiento judicial en el que se volverá a revisar la situación familiar para comprobar si las circunstancias se han visto modificadas y si dicho cambio es beneficioso para el menor¹¹⁸.

Además de la privación, también se puede excluir a los progenitores de la misma. La exclusión se diferencia de la privación en que, en el primer caso, el progenitor nunca ha sido titular. Asimismo, la exclusión viene impuesta por ley y no será necesaria una sentencia judicial para acordarse. El artículo 111 CC hace referencia a los supuestos en los cuales se produce la exclusión. Dichos casos serán:

- Cuando el hijo haya sido fruto de una violación (el progenitor «haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme» precepto 111.1º CC)¹¹⁹.
- En los casos en los que «la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición». El Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1º), en su resolución de 12 de noviembre de 2008 manifestó lo siguiente: «La exclusión se produce cuando el padre biológico no acepta su paternidad, no busca salir de dudas extrajudicialmente, y demandado no se allana a la pretensión, bien que, como no podrá ser de otro modo, acepta la decisión judicial tras seguir el proceso»¹²⁰.

Estas restricciones quedarán sin efecto cuando así lo disponga el hijo mayor de edad que sea capaz o cuando así lo establezca el representante legal con la correspondiente autorización judicial (artículo 111 CC).

¹¹⁷ STS 315/2014, de 6 de junio, FJ 2 (RJ 2014\2844).

¹¹⁸ CARRASCO PERERA, A. (coord.), *op. cit.*, pág. 158.

¹¹⁹ GARCIA PRESAS, I., *op. cit.*, pág. 86.

¹²⁰ STS 1072/2008, de 12 de noviembre, FJ 3, (RJ 2008\7128).

Finalmente, tanto la exclusión como la privación no implican el cese del deber de proporcionar alimentos a los hijos (artículo 110 CC)¹²¹ ya que, dicha obligación es inherente a la filiación. Asimismo, tampoco cesa el derecho de relacionarse con los hijos, excepto que la privación de dicho derecho sea más beneficiosa para el menor (supuesto muy excepcional). Por tanto, dicho derecho tampoco es inherente a la patria potestad¹²². Así lo establece la Audiencia Provincial de Girona (Sección 1º) en su sentencia, ya citada, de 23 de abril de 2015:

«Uno de los rasgos fundamentales de la patria potestad es que es indisponible e irrenunciable por el progenitor. En este sentido, el progenitor siempre va a tener ciertas obligaciones con los hijos que en caso de no cumplir voluntariamente pueden ser exigidas judicialmente y entre las mismas se encuentra el deber de proporcionar alimentos que deriva de la relación paterno-filial, y por tanto no se excluye incluso aunque se haya privado de la patria potestad»¹²³.

7. LA CUSTODIA COMPARTIDA

En virtud de lo expuesto anteriormente, la guarda y custodia es una institución inherente a la patria potestad que engloba todos aquellos actos derivados de la convivencia habitual con los hijos menores. Coincide en ambos progenitores cuando estos conviven juntos. Sin embargo, cuando se produce el fin de la vida en común, la guarda y custodia deberá asignarse a ambos progenitores o a uno solo de ellos. En este sentido, nos centraremos en la custodia compartida la cual, poco a poco, ha ido ganando terreno¹²⁴.

7.1 Evolución histórica de la guarda y custodia

Si nos remontamos unos siglos atrás, la Ley de Matrimonio Civil de 1870 preveía en su artículo 88 que los menores quedarían bajo la autoridad del progenitor no culpable y, si ambos lo fueran, sería un tercero (tutor/curador) quien se encargaría del

¹²¹ Artículo 110 CC: «El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos».

¹²² LEGALITAS, *El régimen de visitas de los hijos en caso de separación o divorcio* (en línea), <https://www.legalitas.com/abogados-para-particulares/actualidad/articulos-juridicos/contenidos/Elregimen-de-visitas-de-los-hijos-en-caso-de-separacion-o-d-> [fecha de consulta: 27/07/2019].

¹²³ FJ 2.

¹²⁴ CONCEPTOSJURÍDICOS.COM, *Custodia compartida* (en línea), <https://www.conceptosjuridicos.com/custodia-compartida/> [fecha de consulta: 10/09/2019].

cuidado de los menores. Sin embargo, los hijos menores de tres años quedarían bajo el cuidado de la madre en todo caso, salvo que la sentencia dispusiere otra cosa. Por tanto, la atribución de los menores se llevaba a cabo en virtud de un criterio basado en la culpa y al progenitor culpable y, por ende, causante de la separación, se le privaría de la guarda y custodia durante toda la vida del que es inocente¹²⁵.

Conforme a la redacción original del CC, la preferencia para el cuidado de los hijos que no hubiese alcanzado los tres años volvía a efectuarse en favor de la madre, siempre que no se dispusiere otra cosa mediante sentencia. Sin embargo, cuando los menores alcanzaran los tres años de edad, quedarían a cargo de la figura paterna y las niñas, de la materna, siempre que ambos hubiesen actuado de buena fe (nulidad matrimonial) o ninguno fuera culpable (divorcio). En caso contrario, se aplicaría el criterio de la culpa. El CC, en sus orígenes, regulaba la figura del divorcio, pero no se trataba del divorcio que conocemos hoy en día, si no que se concebía como una causa de separación entre los cónyuges y no de disolución del matrimonio¹²⁶.

Más adelante, con la Ley Republicana de Divorcio de 2 de marzo de 1932, cuando existiera conflicto entre los padres y estos no se pusieran de acuerdo, los menores mayores de cinco años serían asistidos por el progenitor no responsable. En los casos en los que ambos o ninguno fuesen culpables, sería una resolución judicial la que decidiera sobre el destino de los menores. Los hijos que no alcanzarán dicha edad, quedarían amparados por la figura materna. Además, es importante destacar que, por primera vez, se regula por ley el divorcio como causa de disolución del matrimonio¹²⁷.

Una vez finalizó el conflicto bélico de 1936 y a raíz de la Ley de 24 de abril de 1958, se procedió a derogar el divorcio. En dicha norma, el cuidado de los menores mayores de siete años se atribuiría, de nuevo, conforme el criterio de la culpa y de la buena fe, para los casos de separación y nulidad respectivamente. Sin embargo, en los casos en los que ambos sean inocentes o hayan actuado de buena fe, los hijos menores de más de

¹²⁵ CONSULTORÍA DE SERVICIO JURÍDICOS, *Evolución histórica de los criterios para la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores (1870-2005)* (en línea), <https://www.jurisprudenciaderechofamilia.com/2013/05/07/evoluci%C3%B3n-hist%C3%B3rica-de-los-criterios-para-atribuci%C3%B3n-de-la-guarda-y-custodia-de-los-hijos-menores-1870-2005/> [fecha de consulta: 18/09/2019].

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ *Ibidem*.

siete años convivirían con el padre y las niñas, con la madre. Así pues, los que no alcanzasen los siete años de edad serían asistidos siempre por la madre¹²⁸.

Con la Ley 30/1981, de 7 de julio¹²⁹, se vuelve a introducir el divorcio como motivo de extinción del matrimonio, además de la atribución de la guarda conforme al principio del interés del menor. El juez se encargaría de adoptar el modelo más favorable para el hijo. En ese momento, la salvaguarda de los intereses del menor se convertiría en algo fundamental para esta clase de procesos. Sin embargo, la figura materna seguía siendo la más idónea para la protección de los hijos que no alcanzasen los siete años¹³⁰.

Finalmente, en virtud de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, se suprime la custodia exclusiva de la madre cuando los hijos tienen menos de tres, cinco y siete años¹³¹. La nueva normativa manifiesta en su preámbulo lo siguiente: «La presente Ley pretende eliminar las discriminaciones que por razón de sexo aún perduran en la legislación civil y perfeccionar el desarrollo normativo del principio constitucional de igualdad»¹³². De esta forma, se presume que ambos progenitores tienen la misma capacidad para criar a sus hijos.

Finalmente y como ya se verá más adelante, la Ley 15/2005, de 8 de julio¹³³ introduce por primera vez la custodia compartida, lo que implica un paso más en la igualdad entre ambos progenitores.

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ 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 (BOE núm. 172, de 20 de julio de 1981).

¹³⁰ CONSULTORÍA DE SERVICIO JURÍDICOS, *Evolución histórica de los criterios para la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores (1870-2005)* (en línea), <https://www.jurisprudenciaderechofamilia.com/2013/05/07/evoluci%C3%B3n-hist%C3%B3rica-de-los-criterios-para-atribuci%C3%B3n-de-la-guarda-y-custodia-de-los-hijos-menores-1870-2005/> [fecha de consulta: 18/09/2019].

¹³¹ Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo (BOE núm. 250, de 18 de octubre de 1990).

¹³² CONSULTORÍA DE SERVICIO JURÍDICOS, *Evolución histórica de los criterios para la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores (1870-2005)* (en línea), <https://www.jurisprudenciaderechofamilia.com/2013/05/07/evoluci%C3%B3n-hist%C3%B3rica-de-los-criterios-para-atribuci%C3%B3n-de-la-guarda-y-custodia-de-los-hijos-menores-1870-2005/> [fecha de consulta: 18/09/2019].

¹³³ Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (BOE núm.163, de 9 de julio de 2005).

7.2 Concepto y fundamentación de la custodia compartida

Con base a lo establecido por la doctrina, la custodia compartida, recogida en el precepto 92 CC¹³⁴, se define como uno de los regímenes de la guarda y custodia en la cual, los dos progenitores se ocupan de todo aquello relacionado con el bienestar y corrección o enseñanza de los hijos de forma «periódica o rotatoria»¹³⁵.

Desde un punto de vista jurisprudencial, la sentencia de 12 de enero de 2007 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12^o), define la guarda y custodia como:

« (...) modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de la relación de pareja, en la que tanto el padre como la madre están capacitados para establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro»¹³⁶.

¹³⁴ Artículo 92 CC: «1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos. 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. 3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello. 4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges. 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. 6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda. 7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica. 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».

¹³⁵ PEREZ UREÑA, A.A., «El interés del menor y la custodia compartida». EN: Revista de Derecho de Familia, nº 26, 2005, pág. 275. Esta cita se encuentra en PINTO ANDRADE, C., «La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y factores para su atribución», en *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, nº 9, 2015, pág. 148.

¹³⁶ SAP de Barcelona 36/2007, de 12 de enero, FJ 2 (Roj: SAP B 1312/2007).

Hasta el año 2005, cuando se producía el fin de la vida en común de los progenitores, era muy frecuente la adopción de la custodia monoparental. Sin embargo, la Ley 15/2005, de 8 de julio, introduce de forma explícita la guarda y custodia compartida y es a partir de entonces cuando empieza a ganar terreno este modelo de guarda¹³⁷. Asimismo, la resolución del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1º) de 29 de abril de 2013 manifestó que este tipo de custodia no puede concebirse como algo extraordinario. Debe adoptarse de forma preferente, siempre que sea posible, por ser, a priori, la mejor forma de que el menor pueda relacionarse de manera efectiva con ambos progenitores¹³⁸.

Este cambio de concepción surgió porque, en virtud de estudios realizados por los expertos, se llegó a la conclusión de que este tipo de guarda era la más beneficiosa para los menores¹³⁹. De esta forma, será elegida con carácter preferente siempre que no provoque un menoscabo en el desarrollo del menor y cuando las circunstancias así lo aconsejen. Es decir, deben primar los intereses del menor en todo caso. En este sentido, la sentencia de 21 de diciembre de 2016, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1º) manifiesta lo siguiente:

«El hecho de que esta sala se haya manifestado reiteradamente a favor de establecer el régimen de custodia compartida -por ser el más adecuado para el interés del menor- no implica que dicho interés determine siempre la constitución de tal régimen si se considera desfavorable».

Sin embargo, la custodia compartida no solo no se adoptará cuando las circunstancias así lo aconsejen, sino también en los casos en los que ningún progenitor lo solicite, extremo que se analizará con detenimiento más adelante.

Por otro lado, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 25 de noviembre, anteriormente citada, determina los propósitos que se pretenden lograr adoptando dicho régimen¹⁴⁰:

¹³⁷ RODRÍGUEZ LÓPEZ, R., «Recientes criterios legislativos y jurisprudenciales sobre la custodia compartida», en *Experiencia jurídicas e identidades femeninas*, Edit. Dykinson, Madrid, 2011.

¹³⁸ STS 257/2013, de 29 de abril, FJ 4 (Roj: STS 2246/2013).

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ FJ 4.

- Fomentar el vínculo del hijo con sus padres, eludiendo así cualquier desequilibrio.
- Que no se produzca un sentimiento de pérdida.
- No poner en tela de juicio las capacidades de los progenitores como padres.
- Impulsar la colaboración de los progenitores, siempre en beneficio del hijo.

Siguiendo la misma línea, la sentencia de 19 de julio de 2013 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1º) estableció que la custodia compartida permite «asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor»¹⁴¹. En suma, el objetivo de dicho régimen se traduce en salvaguardar la situación previa a la ruptura matrimonial y procurar que los progenitores puedan continuar con el ejercicio de sus deberes y obligaciones para con sus hijos¹⁴².

Finalmente, la custodia compartida no supone que los tiempos a repartir sean totalmente idénticos¹⁴³. En este sentido, el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1º) en su sentencia de 13 de noviembre de 2018, manifestó que dicho sistema no implica que los tiempos a repartir entre ambos progenitores sean iguales. Lo que se pretende es que la distribución de dichos tiempos sea lo más parecida posible teniendo siempre en cuenta sus horarios laborales¹⁴⁴.

7.3 Breve referencia a la legislación autonómica

Nuestro CC clarifica que la guarda conjunta solamente podrá acordarse cuando uno de los progenitores la solicite. Así lo manifiesta también la sentencia de 15 de junio de 2016 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1º), que revoca el régimen de custodia compartida que concedió a los progenitores la Audiencia Provincial de Vizcaya por no concurrir el requisito de petición exigido por ley¹⁴⁵.

De esta forma y en virtud del artículo anteriormente citado, puede parecer que la custodia compartida siga teniendo, a día de hoy, un carácter excepcional. Sin embargo, este extremo ya se aclaró a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de

¹⁴¹ STS 495/2013, de 19 de julio de 2013, FJ 2 (Roj: STS 4082/2013).

¹⁴² STS 442/2017, de 13 de julio, FJ 2 (Roj: STS 2840/2017).

¹⁴³ PINTO ANDRADE, C., «La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y factores para su atribución», en *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, nº 9, 2015, pág. 149.

¹⁴⁴ STS 630/2018, de 13 de noviembre, FJ 5 (RJ 2010\4930).

¹⁴⁵ STS 400/2016, de 15 de junio, FJ 3 (Roj: STS 2877/2016).

2013, la cual manifiesta que dicho régimen deberá adoptarse con carácter preferente siempre y cuando las circunstancias así lo aconsejen y sea en beneficio del menor.

Por otro lado, algunas comunidades autónomas con derecho foral procedieron a regular la guarda y custodia. Así, Aragón sería considerado como el primer territorio nacional que reguló en su normativa el carácter preferente de la custodia compartida¹⁴⁶. En el año 2011 se aprobó el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo¹⁴⁷ donde, en su artículo 80¹⁴⁸, se regulaba la custodia conjunta. Como consecuencia de ese carácter preferente, el juez podía adoptarla aunque existiera controversia entre los progenitores, salvo que se llegara a la conclusión de que la guarda acordada en favor de un solo progenitor salvaguardase, en mayor medida, los intereses del hijo. Sin embargo, dicho precepto sufrió una modificación en virtud de la Ley 6/2019, de 21 de marzo¹⁴⁹ que modi-

¹⁴⁶ LÓPEZ MARTÍNEZ, R., «Legislación sobre custodia compartida en España: situación actual», en *Anuario del Centro de la Universidad Nacional de Educación a Distancia en Calatayud*, núm. 22, 2016, págs. 179-192.

¹⁴⁷ 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 (BOA núm. 67, de 29 de marzo de 2011).

¹⁴⁸ Artículo 80: «1. Cada uno de los progenitores por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida por ambos o por uno solo de ellos. En los casos de custodia compartida, se fijará un régimen de convivencia de cada uno de los padres con los hijos adaptado a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de igualdad. En los casos de custodia individual, se fijará un régimen de comunicación, estancias o visitas con el otro progenitor que le garantice el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar. 2. El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores: a) La edad de los hijos. b) El arraigo social y familiar de los hijos. c) La opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años. d) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos. e) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres. f) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia. 3. Antes de adoptar su decisión, el Juez podrá, de oficio o a instancia de parte, recabar informes médicos, sociales o psicológicos de especialistas debidamente cualificados e independientes, relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la autoridad familiar y del régimen de custodia de las personas menores. 4. Salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos. 5. La objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores que trate de obtener la custodia individual, no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor. 6. No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género».

¹⁴⁹ Ley 6/2019, de 21 de marzo, de modificación del 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 en materia de custodia (BOA núm. 66 de 4 de abril de 2019 y BOE núm. 125 de 25 de mayo de 2019).

ficó la normativa anterior. Con la nueva reforma, si los padres se muestran en desacuerdo con dicho régimen, el juez no podrá adoptar la custodia conjunta¹⁵⁰.

Otras comunidades autónomas, al igual que Aragón, optaron por regular la custodia compartida, como es el caso de Cataluña, Navarra, Valencia y País Vasco.

7.4 Principios de la custodia compartida

La guarda conjunta se conforma, entre otros, de los siguientes principios¹⁵¹:

- Principio del interés superior del menor (*favor filii*): el concepto de interés superior del menor se introdujo por primera vez en España con la Ley 11/1981 y «se configura como una norma abierta, flexible y ponderable desde el punto de vista legislativo, respondiendo a un concepto mucho más dinámico en el ámbito judicial que ha ido perfilando su delimitación a través de la jurisprudencia»¹⁵².

El artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero¹⁵³ establece, en su apartado primero que: «todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado (...)». Asimismo, el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño manifiesta lo siguiente:

«1. En todas las medidas concernientes a los niños las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades compe-

¹⁵⁰ NOTICIAS JURÍDICAS, *En Aragón la custodia compartida deja de ser preferente en interés del menor (en línea)*, <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/13856-en-aragon-la-custodia-compartida-deja-de-ser-preferente-en-interes-del-menor/> [fecha de consulta: 2/10/2019].

¹⁵¹ LÓPEZ SAN LUÍS, R., «Recientes criterios legislativos y jurisprudenciales sobre la custodia compartida», en *Experiencia jurídicas e identidades femeninas*, Edit. Dykinson, Madrid, 2011.

¹⁵² SANTAMARÍA, M.L., *El concepto del interés superior del niño y su dimensión constitucional*, Edit. Universitat Politècnica de València, 2019, pág. 8.

¹⁵³ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996).

tentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada».

En este sentido, es menester también destacar la Observación general N°14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea considerado como algo primordial (artículo 3, párrafo 1)¹⁵⁴. En la citada Observación se pone de manifiesto que, el concepto que venimos tratando es algo complejo y deberá examinarse conforme al caso concreto. Además, también integra un conjunto de elementos de especial relevancia que giran en torno a dicho principio y que deben examinarse en todo caso, a saber: el criterio del hijo, su identidad, además del cuidado del ambiente y relaciones familiares¹⁵⁵.

Finalmente y siguiendo la misma línea, el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1º) se ha referido en numerosas sentencias a dicho principio. En concreto, la sentencia de 17 de junio de 2013 define el interés superior del menor como:

« (...) la suma de distintos factores que tienen que ver no sólo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño»¹⁵⁶.

Por otro lado y en concordancia con lo anteriormente expuesto, el mismo tribunal, en su sentencia de 17 de febrero de 2015, estableció lo siguiente:

«En toda la normativa internacional, estatal y autonómica late el superior interés del menor como criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte, sin bien dicho interés superior no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso. Se configura, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su

¹⁵⁴ Aprobada por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas en el año 2013. El objetivo que persigue dicha Observación es asegurar que los Estados que son parte en la Convención Sobre los Derechos del Niño salvaguarden el interés superior del menor.

¹⁵⁵ EDITORIAL JURÍDICA SEPÍN, *¿Conocemos bien el marco jurídico que arropa el interés del menor?* (en línea), <https://blog.sepin.es/2017/02/marco-juridico-interes-menor/> [fecha de consulta: 8/10/2019].

¹⁵⁶ STS 426/2013, de 17 de junio, FJ 1 (Roj: STS 3347/2013).

bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales»¹⁵⁷.

Por tanto, para la aprobación de cualquier medida relacionada con el cuidado y protección de los menores es imprescindible que su adopción este destinada a la defensa de sus intereses¹⁵⁸.

- Principio de audiencia del menor¹⁵⁹: se encuentra regulado en el precepto 92 CC, en sus apartados segundo y sexto. Además, la LO 1/1996 lo recoge también en su artículo 9¹⁶⁰.

Que se constituya como un derecho del menor no implica que goce de obligatoriedad, pues más bien se trata de un trámite de audiencia facultativo para el juzgador. Esto mismo pone de manifiesto el Tribunal Constitucional (Sala segunda) en su sentencia de 29 de junio de 2009 donde expone que la audiencia del menor solo tendrá lugar

¹⁵⁷ STS 76/2015, de 17 de febrero, FJ 3 (RJ 2015\924).

¹⁵⁸ MUNDOJURÍDICO, *El principio del interés del menor en la guarda y custodia* (en línea), <https://www.mundojuridico.info/el-principio-del-interes-del-menor-en-la-guarda-y-custodia/> [fecha de consulta: 18/09/2019].

¹⁵⁹ Se encuentra regulado, entre otros, en el artículo 12 CDN y, según se desprende de la Observación General Nº 12, el Comité de los Derechos del Niño considera aquel precepto como «uno de los cuatro principios generales de la Convención».

¹⁶⁰ Artículo 9: «1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias. En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento. 2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos. Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación. No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente. 3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración».

cuando el juez, de oficio, lo considere indispensable o mediante solicitud del Ministerio Fiscal, del equipo técnico judicial o el hijo menor. Por consiguiente, dicho principio ya no se considera esencial ya que, los intereses del menor pueden conocerse por medio de otras personas, como el representante legal, por el equipo psicosocial o cualquier otra persona que tenga establecido un estrecho vínculo con el menor (artículo 9.2 LO 1/1996)¹⁶¹.

Por último, la Observación General N° 12¹⁶² analiza lo que muchos textos normativos incluyen en su redacción al hablar de este principio de audiencia: la «suficiente madurez»¹⁶³. La Observación declara que no se deben establecer restricciones por la edad y se deberá estar al caso concreto. Todo menor debe ser escuchado siempre que sea capaz de expresar su voluntad. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico no encontramos una clara unanimidad en este sentido. Existen preceptos que relacionan directamente el derecho a ser oído con el grado de madurez del menor (artículo 92.6 CC) y en otros, se concreta la edad del niño (artículo 770.4° de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en adelante LEC¹⁶⁴). El Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1°) ha querido dar respuesta a esta contradicción existente entre el CC y la LEC. Así, en su sentencia de 20 de octubre de 2014 manifestó que la existente contradicción entre el CC y la LEC es esclarecida por la Ley del menor y por el Convenio sobre Derechos del Niño. Así pues, cuando se entienda que el menor tenga la madurez adecuada y con ello, suficiente juicio; y, en todo caso, los menores mayores de 12 años, deberán ser escuchados en los procedimientos en los que se esté decidiendo sobre su guarda y custodia. La reso-

¹⁶¹ STC 163/2009, de 29 de junio, FJ 5 (BOE núm. 181, de 28 de julio de 2009).

¹⁶² Aprobada por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas en el año 2009.

¹⁶³ Artículo 9 LO 1/1996.

¹⁶⁴ Artículo 770.4° LEC: «Las pruebas que no puedan practicarse en el acto de la vista se practicarán dentro del plazo que el Tribunal señale, que no podrá exceder de treinta días. Durante este plazo, el Tribunal podrá acordar de oficio las pruebas que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil para decretar la nulidad, separación o divorcio, así como las que se refieran a hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre medidas que afecten a los hijos menores o incapacitados, de acuerdo con la legislación civil aplicable. Si el procedimiento fuere contencioso y se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oirá a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años. En las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas y, recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario».

lución manifiesta también que el juez podrá denegar la práctica de la audiencia siempre y cuando fundamente de forma razonada su decisión¹⁶⁵.

- Principio de coparentalidad: relativo al derecho que tienen los hijos menores a relacionarse con sus progenitores. Algunos textos internacionales como es la Carta Europea de los Derechos del Niño¹⁶⁶ ya lo mencionaban. Así pues, el artículo 8 del citado texto establece que todos los niños tienen derecho a disfrutar de sus progenitores y, en los casos de ruptura de la convivencia, el menor tendrá derecho a mantener el contacto con ambos. Por otro lado, nuestro CC, en su artículo 94¹⁶⁷, recoge también dicho principio¹⁶⁸.

- Principio de corresponsabilidad: dicho principio se encuentra recogido en el Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia. Dicho anteproyecto declara en su exposición de motivos lo siguiente:

« (...) se considera necesario concienciar a los progenitores sobre la necesidad de presentar y la importancia de pactar, en caso de ruptura o de no convivencia, un plan de ejercicio de la patria potestad, como corresponsabilidad parental, en relación con los hijos. Ese plan debe incorporarse al proceso judicial (artículos 770 y 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y será un instrumento para concretar la forma en que los progenitores piensan ejercer sus responsabilidades parentales, en el que se detallarán los compromisos que asumen respecto a la guarda y custodia, el cuidado y la educación de los hijos, así como en el orden económico».

Por tanto, cuando se habla de corresponsabilidad se está haciendo referencia a la distribución equitativa de derechos y obligaciones que los padres tienen para con sus hijos.

Finalmente, es preciso destacar que este principio también se integra en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, más concretamente en su artículo

¹⁶⁵ STS 413/2014, de 20 de octubre, FJ 5 (Roj: STS 4233/2014).

¹⁶⁶ Carta Europea de los Derechos del Niño (DOCE nº C 241, de 21 de Septiembre de 1992).

¹⁶⁷ Artículo 94 CC: «El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial».

¹⁶⁸ LÓPEZ SAN LUÍS, R., *op.cit.*

18.1¹⁶⁹. Además, la ley 15/2015 se menciona de nuevo el término de corresponsabilidad y muestra la importancia de dicho principio. Así, en su exposición de motivos se desprende que «se procurará la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad».

- Principio de igualdad entre los progenitores: los motivos de atribución de la guarda y custodia de los hijos han ido cambiando con el transcurso del tiempo. Antes de comenzar la Revolución Industrial (mediados del siglo XIX), la guarda y custodia se atribuía con mayor frecuencia al padre de familia. Sin embargo, una vez iniciada aquella, las familias tuvieron que repartirse los cometidos, de tal forma que los padres se encargarían de la economía familiar y las madres del cuidado de los hijos, así como las tareas del hogar. Es en ese momento cuando la guarda y custodia se adopta con mayor frecuencia en favor de la mujer. Se defiende la idea de que la figura materna es la más idónea para la asistencia de los menores como consecuencia del llamado “instinto maternal”. Este predominio de la madre como guardadora, con base a dicho criterio, se extendió durante muchos años¹⁷⁰.

Poco a poco, se empieza a reconocer que tanto el hombre como la mujer tienen las mismas capacidades para poder asistir a los hijos tras una crisis matrimonial. De esta forma, la jurisprudencia ha ido transformando su criterio y ha reconocido dicho principio en numerosas resoluciones, manifestando que «ambos progenitores son aptos para ostentar la guarda y custodia»¹⁷¹, salvo en los casos del artículo 92.7 CC, precepto que se estudiara con más detalle más adelante. Además, no debemos olvidar que, con la ley 15/2005 comienza a reconocerse una verdadera igualdad entre ambos progenitores, y se incluye, por primera vez y de forma manifiesta, la expresión de custodia compartida.

Finalmente, esta igualdad se puede apreciar también en nuestra normativa:

-Nuestro precepto 14 CE promulga una máxima: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza,

¹⁶⁹ Artículo 18.1: «Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño».

¹⁷⁰ MENTE FORENSE, *Custodia de los hijos y su evolución legal* (en línea), <https://www.menteforense.com/custodia-los-hijos-evolucion/> [fecha de consulta: 4/10/2019].

¹⁷¹ STS 566/2014, de 16 de octubre, FJ 2 (RJ 2014\5165).

sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Asimismo, la Carta Magna, en el artículo 9.2, hace referencia al mandato que se confiere a la autoridad pública con el fin de que pueda cumplirse con lo establecido en el artículo al que antes se ha hecho referencia.

-Por último, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo¹⁷² recoge, en su artículo 3, el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres: «El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil».

A día de hoy, las custodias exclusivas en favor de la madre continúan siendo mayoría. La causa que lo motiva podría ser la misma creencia que, años atrás, constituía un criterio esencial para la asignación de la guarda y custodia¹⁷³.

- Principio de universalidad: es importante recordar que, al igual que sucedía con la patria potestad, la guarda y custodia es igual tanto para hijos naturales, matrimoniales o extramatrimoniales¹⁷⁴, como para hijos adoptivos. Así queda reflejado en el artículo 108 CC, párrafo segundo. Por tanto y, en virtud de lo establecido en el precepto, el hijo adoptado poseerá los mismos derechos que los hijos naturales, siempre y cuando la adopción haya sido establecida de forma legal, al igual que los hijos nacidos fuera del matrimonio.

7.5 Criterios para acordar la custodia compartida

El Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1º) en su sentencia de 8 de octubre de 2009 establece cuales son los criterios que deben valorarse para poder acordar la custodia compartida:

«(...) 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

¹⁷² Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007).

¹⁷³ ABOGACÍA ESPAÑOLA, *La guarda y custodia compartida “de hecho” y “de derecho”* (en línea), <http://www.abogacia.es/2018/10/08/la-guarda-y-custodia-compartida-de-hecho-y-de-derecho/> [fecha de consulta: 8/10/2019].

¹⁷⁴ ROMERO COLOMA, A.M., *La guarda y custodia compartida (Una medida igualitaria)*, Edit. Reus, Madrid, 2011, pág. 173.

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 y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven»¹⁷⁵.

7.5.1 Práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales

Este criterio hace referencia al nivel de implicación que tenían los padres con sus hijos con carácter previo a la crisis matrimonial. Cuando ambos se comprometen de forma igualitaria, lo más normal es que el régimen adoptado sea el de la custodia compartida. El problema surge cuando el nivel de compromiso no es el mismo y, una vez que se ha producido la ruptura, el progenitor que menos se ha responsabilizado solicita la custodia compartida¹⁷⁶. En este sentido, el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1º), en su sentencia de 20 de abril de 2016, niega la custodia compartida solicitada por un padre por mostrar este un desinterés evidente hacía los cuidados de sus hijos. Asimismo, la sentencia reafirma lo establecido por la resolución impugnada:

« (...) del conjunto probatorio obrante en autos se evidencia que la madre ha sido cuidadora principal de los hijos, no siendo sino a raíz de la ruptura y en coincidencia con la interpelación judicial, cuando el progenitor comienza a mostrar mayor interés por la prole, hecho este que sin más, no nos determina a acceder a su pretensión, teniendo en consideración que omite descripción de proyecto viable de custodia (...)»¹⁷⁷.

¹⁷⁵ STS 623/2009, de 8 de octubre, FJ 5 (Roj: STS 5969/2009).

¹⁷⁶ CONSULTORÍA DE SERVICIOS JURÍDICOS, *¿Qué alcance ha de darse a la relación anterior de los progenitores con los hijos en la decisión judicial de la custodia?* (en línea), <https://www.jurisprudenciaderechofamilia.com/2013/06/27/normas-jur%C3%ADdicas-y-sentimientos-cual-es-el-alcance-que-debe-otorgarse-a-la-relaci%C3%B3n-coet%C3%A1nea-y-anterior-de-los-progenitores-con-los-hijos-en-la-decisi%C3%B3n-judicial-de-la-custodia/> [fecha de consulta: 14/09/2019].

¹⁷⁷ STS 263/2016, de 20 de abril de 2016, FJ 5 (Roj: STS 1658/2016).

Como ya se verá más adelante, ese proyecto viable de custodia al que hace referencia la resolución es de especial relevancia y el juez puede denegar la adopción de la custodia compartida en los casos en los que este no se aporte o sea incompleto¹⁷⁸.

7.5.2 Los deseos manifestados por los menores competentes

Además de los informes emitidos por el Ministerio Fiscal y los peritos, es preciso contar con el testimonio del menor para poder adoptar las medidas más beneficiosas relativas al cuidado y protección del mismo. Su deseo o preferencia, no siempre se ajusta a lo que, realmente, sería más favorable o beneficioso para él. Así queda patente en la sentencia de 22 de septiembre de 2019 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1º). En este caso, la menor expresó su voluntad de convivir solo con la madre, quien a su vez, solicitó a los tribunales que se mantuviera el régimen de custodia monoparental a su favor. Los informes periciales mostraron que la menor se encontraba muy influenciada por las opiniones de la madre:

«De la exploración de la menor este tribunal pudo apreciar esta voluntad contraria a relacionarse con el Sr. Patricio, pero también se pudo observar que no existen motivos concretos que puedan justificar tal decisión pues las explicaciones dadas no se basaban en hechos consistentes sino en afirmaciones genéricas y poco concretas que tampoco eran indicativas de una gravedad extrema que pudiese justificar ante este tribunal que la menor se vería perjudicada si mantiene contacto con su padre de forma continuada. Además la perito judicial en su informe y en la ratificación llevada a cabo en el acto de la vista celebrada en esta alzada puso de manifiesto su opinión de la influencia de la madre sobre las opiniones de la menor sobre el padre, lo que justifica en mayor grado la necesidad de que dicho contacto se haga más constante a los efectos de que la menor, cuyo grado de madurez no ofrece duda, pueda compartir más tiempo con su padre como medio de contrarrestar tal influencia»¹⁷⁹.

Por mucho que la menor tenga 12 años y ya cuente con un grado de madurez suficiente parece impensable que sea capaz de negarse, de forma tan rotunda, a mantener el contacto con su padre. Además, señala la sentencia que no existe una justificación aparente que provoque dicha decisión por parte de la menor. Por tanto, aunque su deseo fuese romper con cualquier tipo de relación paterno filial, el Tribunal, con base a las

¹⁷⁸ La STS 593/2018, de 30 de octubre (Roj: STS 3684/2018), denegó la custodia compartida solicitada por un padre por estar incompleto su proyecto de custodia conjunta.

¹⁷⁹ STS 519/2017, de 22 de septiembre de 2017, FJ 1 (Roj: STS 3327/2017).

pruebas practicadas, consideró que lo más beneficioso era adoptar una custodia compartida. De esta forma, se aumentaría el contacto con el padre y se reforzaría el vínculo afectivo entre ambos.

Por otro lado, los deseos de los menores no siempre tienen que estar relacionados con el vínculo afectivo con los progenitores. Pueden manifestar que desean un tipo de guarda u otro, simplemente, por la localización de las viviendas de sus progenitores. Tales declaraciones que los menores efectúen serán valoradas positivamente por el juez, siempre y cuando no existan otras circunstancias negativas. Así, en este sentido, el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1º), en su sentencia de 11 de febrero de 2016, dio la razón a un padre que solicitaba la custodia compartida, mostrándose el hijo de este conforme por motivos de localización. Además, no existía ninguna circunstancia relevante que fuese negativa para el menor y que desplazaran el motivo de la localización.

7.5.3 El número de hijos

En cuanto a dicho criterio, es importante resaltar el artículo 92.5 CC¹⁸⁰, el cual alude a la desunión de hermanos. En concreto, lo que expone dicho precepto es que el juez debe procurar que los hermanos continúen viviendo juntos. En este sentido, el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1º) en su sentencia de 25 de septiembre de 2015 manifiesta que los hermanos deben convivir juntos siempre que sea posible, por lo que su separación solo podrá ser acordada en casos excepcionales y deberá justificarse que dicha desunión es más favorable para ellos¹⁸¹.

La citada resolución añade que, con la separación de los hermanos, se podría llegar a amparar el interés superior del menor, ya que las circunstancias de cada hijo pueden ser diferentes y, en ocasiones, mantenerlos juntos puede provocar un menoscabo en su desarrollo. Por ejemplo, en la resolución que venimos comentando se decide separar a los hijos porque dos de ellos manifestaron que querían convivir con el padre. Dicha decisión se respetó por tener los menores 14 y 16 años, es decir, cuentan ya con una

¹⁸⁰ Artículo 92.5 CC: «Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos».

¹⁸¹ STS 530/2015, de 25 de septiembre, FJ 4 (RJ 2015\4028).

suficiente madurez. En cuanto a los otros dos hijos, a pesar de que querían estar al cuidado del padre también, el juez atribuyó la custodia a la madre por estar viviendo ambos en Madrid durante un periodo de doce meses y, por ende, estar bastante integrados en dicha ciudad.

En suma, lo que se pretende con la no separación de los hijos es que los vínculos familiares se mantengan y evitar provocar un mal adicional al causado por la separación de los progenitores.

7.5.4 Cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos

A pesar de que nada se especifica acerca de cuáles son los deberes a los que hace referencia este criterio, el punto de partida es si los progenitores asistían al menor correctamente. Recordemos que, antes de que se produzca la crisis matrimonial, esta guarda y custodia «se encuentra embebida por la patria potestad dual»¹⁸². Además, el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1º) en su sentencia de 25 de noviembre de 2013 hace algo más visible qué tipo de deberes son, cuando dice que: «Lo dicho no es más que el corolario lógico de que la continuidad del cumplimiento de los deberes de los padres hacia sus hijos, con el consiguiente mantenimiento de la potestad conjunta, resulta sin duda la mejor solución para el menor»¹⁸³.

Por tanto, se entiende que, esas obligaciones que los padres deben haber cumplido para que se pueda atribuir la custodia compartida son las mismas que enuncia el artículo 154 CC.

Como bien se ha establecido antes, lo que el juzgador valorará será el cumplimiento anterior a la crisis matrimonial. De esta forma, hay sentencias en las que se atribuye el cuidado del menor a un solo progenitor por ser este quién dedica más tiempo al menor y con ello, cumple correctamente con todos sus deberes. En concreto, en la sentencia de 29 de abril de 2013, ya citada, del Tribunal Supremo se expone esto mismo que venimos comentando. La madre fue la que se encargó del cuidado de sus hijos des-

¹⁸² RAGEL SÁNCHEZ, L.F., «La Guarda y custodia de los hijos», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 15, 2001, pág. 284.

¹⁸³ STS 758/2013, de 25 de noviembre, FJ 4 (Roj: STS 5710/2013).

de que nacieron hasta la actualidad, ya que el padre disponía de menos tiempo debido a la poca flexibilidad laboral y, por ello, se adopta la custodia monoparental en su favor.

7.5.5 El respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar

La conflictividad entre los progenitores puede ser causa de denegación de la custodia compartida. Así, el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1º) en su sentencia de 24 de diciembre de 2014 estableció lo siguiente:

«Esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad»¹⁸⁴.

Sin embargo, la sentencia de 22 de julio de 2011 del mismo Tribunal estableció que «las relaciones entre 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»¹⁸⁵. En un principio, el hecho de que exista enfrentamiento entre los padres, no impide que ambos sean custodios. No obstante, cuando la existente conflictividad afecte o vaya a afectar a los menores, no se adoptará dicho régimen. Además, los progenitores deben proponer modelos educativos lo más parecidos posibles, los cuales sean «beneficiosos e integradores para el desarrollo del menor»¹⁸⁶. Así lo manifiesta el Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1º) en su sentencia de 26 de octubre de 2012. Por consiguiente, el tipo de modelo educativo que defiendan los padres es un factor determinante para la aprobación del tipo de guarda y custodia. Así pues, cuando no coincidan en este punto, no será aconsejable acordar la custodia compartida debido al desequilibrio que dicha circunstancia pudiese provocar en el menor¹⁸⁷.

¹⁸⁴ STS 619/2014, de 30 de octubre, FJ 6 (Roj: STS 4342/2014).

¹⁸⁵ STS 579/2011, de 22 de julio, FJ 4 (RJ 2011\5676).

¹⁸⁶ STSJ de Aragón 35/2012, de 26 de octubre, FJ 2 (RJ 2012\11180).

¹⁸⁷ SAP de A Coruña 202/2012, de 9 de mayo, FJ 4 (JUR 2012\205092).

Por otro lado, la guarda y custodia compartida también se excluirá en aquellos supuestos en los que exista maltrato hacia la mujer. Dicha prohibición se regula en el precepto 92.7 CC, extremo que se tratará más adelante.

Finalmente, es preciso mencionar que la necesidad de un buen entendimiento entre los padres y la ausencia de conflictividad entre los mismos es algo que no solo marca la jurisprudencia. El CC en su artículo 92.6 ya menciona esto cuando dice que, para acordar la custodia compartida, se debe valorar con carácter previo «la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda».

7.5.6 Los pactos acordados por los padres

Lo más común es que otorgue la custodia compartida a los padres cuando así lo acuerden en el convenio regulador o cuando dicho acuerdo se alcance en el transcurso del procedimiento. Estos acuerdos deben superar el control judicial. Antes de su aprobación, el juez debe valorar los informes del Ministerio Público, peritos, así como la opinión de los menores¹⁸⁸ y si concluye que lo convenido por ambos progenitores es beneficioso para el menor y no les perjudica a ellos, entonces el juez procederá a su admisión¹⁸⁹. Sin embargo, en los casos en los que los padres no alcancen dicho acuerdo, el Juez podrá acordarla cuando lo solicite alguno de los progenitores.

Es importante tener en cuenta que las medidas a adoptar deberán determinarse conforme a las circunstancias del momento y no con base a las futuras. En la sentencia, anteriormente citada de 13 de julio, el padre solicitaba en la demanda de medidas paterno-filiales que, en un primer momento, se atribuyera el cuidado de la menor en favor de la madre y, una vez que aquella alcanzara los dos años de edad, se acordase una custodia compartida. El Tribunal Supremo consideró que, con dicha medida, el interés de la menor no se encontraba protegido, una vez que la hija alcanzase los dos años de edad. En este sentido, manifestó lo siguiente:

¹⁸⁸ IBERLEY, *La regulación de la guarda y custodia de hijos como efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio* (en línea), <https://www.iberley.es/temas/regulacion-guarda-custodia-hijos-59558> [fecha de consulta: 13/09/2019].

¹⁸⁹ Así lo establece el artículo 90.2 CC: «Los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación y divorcio presentados ante el órgano judicial serán aprobados por el Juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges».

« (...) no existe base probatoria para concluir en este momento sobre tal extremo, y añade que las sentencias deben dictarse en base a las circunstancias concurrentes y no a las futuras. Por tanto, parece prematuro decidir para cuando la hija tenga esa edad, cuyas circunstancias familiares y de todo tipo se desconocen, y será más prudente esperar y modificar el régimen de guarda y custodia en su momento, con mayor conocimiento de causa y, por tanto, con mejor valoración del interés del menor, con un adecuado informe psicosocial y un plan contradictorio»¹⁹⁰.

Finalmente y como ya se verá más adelante con detenimiento, las medidas que se adopten se pueden modificar, dependiendo de los cambios surgidos o las circunstancias del momento, tal y como se desprende del artículo 90.3 CC¹⁹¹ para los casos de mutuo acuerdo o, según el artículo 91 CC¹⁹², para cuando no exista acuerdo entre los padres.

7.5.7 La localización de sus correspondientes domicilios, horarios y actividades

En relación con este criterio, el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), en su sentencia de 10 de enero de 2018, denegó la custodia compartida a unos padres por encontrarse sus respectivas residencias a gran distancia. De esta forma, se hace especialmente difícil amparar el interés del menor. Dicha resolución manifiesta lo siguiente:

«La distancia no solo dificulta sino que hace inviable la adopción del sistema de custodia compartida, dada la distorsión que ello puede provocar y las alteraciones en el régimen de vida del menor, pues como alega el Ministerio Fiscal no procede someter al menor a dos colegios distintos, dos atenciones sanitarias diferentes, y desplazamientos de 1.000 km, cada tres semanas, todo lo cual opera en contra del interés del menor, que precisa de un marco estable de referencia, alejado de una existencia nómada, lo que el

¹⁹⁰ FJ 2.

¹⁹¹ Artículo 90.3 CC: «Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges. Las medidas que hubieran sido convenidas ante el Secretario judicial o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código».

¹⁹² Artículo 91 CC: « En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias».

padre, con evidente generosidad, parece reconocer en uno de los mensajes remitidos a la madre»¹⁹³.

Por otro lado, el empleo de los padres puede también imposibilitar la aprobación de este tipo de custodia. Por un lado, el no tener flexibilidad horaria puede impedir que estos no asuman como deberían sus correspondientes responsabilidades¹⁹⁴. Esto mismo se aclara en la resolución ya citada de 30 de octubre de 2018 del Tribunal Supremo, en la que se deniega la custodia compartida por tener el padre una flexibilidad horaria muy limitada al trabajar como distribuidor farmacéutico. Y por otro lado, como ya se ha mencionado en la parte de patria potestad, la capacidad económica es también un criterio a tener en cuenta para estos casos. Así lo manifestó la resolución ya citada de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 6ª), de 13 de abril de 2016¹⁹⁵.

7.5.8 El resultado de los informes exigidos legalmente

La ley prevé dos tipos de informes de carácter no vinculante para acordar el régimen de guarda y custodia. Por un lado, encontramos el informe del Ministerio Público y, por otro, el informe o dictamen de especialistas debidamente cualificados.

Entrando más en detalle en el objeto de estudio y, en cuanto al informe del Ministerio Fiscal, el artículo 92.8 CC dispone que: «(...) el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor». De esta forma, el informe del Ministerio Público era vinculante para el Juez. Sin embargo, el Tribunal Constitucional (Pleno) en su sentencia de 17 de octubre de 2012 lo declaró inconstitucional por las siguientes razones:

«La primera es que el automatismo de la denegación de la guarda compartida a causa de un dictamen emitido por el Ministerio Fiscal es incompatible con la plenitud y exclusividad de que gozan los Jueces y Tribunales en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, conforme establece el art. 117.3 CE. La segunda, que no existe ninguna otra norma civil, sea estatal, sea autonómica, de Derecho de familia o protectora de los in-

¹⁹³ STS 4/2018, de 10 de enero de 2018, FJ 3 (EDJ 2018/734).

¹⁹⁴ ROMERO COLOMA, A.M., *op.cit.*, pág. 160.

¹⁹⁵ FJ 1.

tereses de los menores e incapaces que haya establecido el informe vinculante del Ministerio público que limite el poder de decisión de los Jueces y Tribunales»¹⁹⁶.

La resolución concluye diciendo lo siguiente:

«Ha de afirmarse que la previsión normativa que exige el informe favorable del Ministerio Fiscal *ex art.* 92.8 CC debe ser declarada contraria a lo dispuesto en el art. 117.3 CE, pues corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar el régimen excepcional y, en el caso de que así sea, valorar si, en el marco de la controversia existente entre los progenitores, debe o no adoptarse tal medida»¹⁹⁷.

Lo que se entiende que está fuera de la constitución y, por tanto, debe ser invalidado, es el término «favorable», tal y como se desprende del fallo de la sentencia. Por tanto, aunque el informe tenga ese carácter no vinculante que le otorga el Tribunal Constitucional, sigue siendo un informe preceptivo. Así pues, debe ser el juzgador quien, finalmente, adopte el régimen de custodia pertinente y no le vinculará el informe que elabore el Ministerio Fiscal. No se puede limitar el ejercicio de la potestad jurisdiccional, el cual corresponde de forma exclusiva al juez, tal y como se consagra en el artículo 117.3 CE.

En cuanto al informe de especialistas cualificados, el artículo 92.9 CC establece que el Juzgador podrá recabarlos con carácter previo a la toma de decisiones relativas al cuidado y protección de los hijos. Según dicho precepto, estos informes de especialistas tienen un carácter facultativo. Se emplea un término opcional («podrá») y en ningún caso queda patente el carácter obligatorio de los mismos¹⁹⁸.

Asimismo, el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), en su sentencia de 7 de abril de 2011 resaltó la naturaleza potestativa de estos informes emitidos por los equipos psicosociales:

«En la apreciación de los elementos que van a permitir al juez adoptar la medida de la guarda y custodia compartida, cuando no exista acuerdo de los progenitores, tienen una importancia decisiva los informes técnicos que el Juez puede pedir de acuerdo con lo que dispone el art. 92.9 CC . En el caso de que figuren estos informes, el juez debe

¹⁹⁶ STS 185/2012, de 17 de octubre, FJ 2 (BOE núm. 274, de 14 de noviembre de 2012).

¹⁹⁷ FJ 7.

¹⁹⁸ ROMERO COLOMA, A.M., *op.cit.*, pág. 103.

valorarlos para formarse su opinión sobre la conveniencia o no de que se adopte esta medida, o bien cualquier otra siempre en beneficio del menor, como ha venido recordando esta Sala en sentencias de 1 y 8 octubre y 11 marzo 2010 y 28 septiembre 2009.

La reforma de 2005 acordó que con la finalidad de formar la opinión del juez, debían figurar en el procedimiento estos informes, que no son en modo alguno vinculantes y que el Juez debe valorar a los efectos de tomar la decisión más adecuada para proteger el interés del menor»¹⁹⁹.

Por tanto y en virtud de lo establecido anteriormente, los informes que elaboran los peritos no son imperativos y el juez, dependiendo del caso concreto, podrá solicitarlos o no.

7.6 Momentos en los que se acuerda la custodia compartida

- La custodia compartida podrá acordarse, en primer lugar, durante el proceso de separación y divorcio qué podrá ser o bien, «mediante acuerdo entre los progenitores establecido en la propuesta de convenio regulador, o cuando así lo acuerden durante el procedimiento»²⁰⁰; o bien mediante decisión del juez²⁰¹. El Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1º) en su sentencia de 19 de abril de 2012 aclara que nuestro CC recoge dos formas de poder acordar la custodia compartida. Por un lado, cuando ambos padres la soliciten (artículo 92.5 CC) y, por otro, cuando así lo requiera solo uno de ellos (artículo 92.8 CC). En este último supuesto, el precepto puntualiza que para que se pueda proceder a su adopción, el Juez debe argumentar que se trata de una medida beneficiosa para el menor²⁰². Además, en su redacción queda patente que se trata de un caso excepcional y su razón de ser se recoge en la resolución del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1º) de 27 de julio de 2011²⁰³.

¹⁹⁹ STS 252/2011, de 7 de abril, FJ 4 (Roj: STS 2005/2011).

²⁰⁰ Artículo 92.5 CC.

²⁰¹ CONCEPTOSJURÍDICOS.COM, *Custodia compartida* (en línea), <https://www.conceptosjuridicos.com/custodia-compartida/> [fecha de consulta: 28/09/2019].

²⁰² STS 229/2012, de 19 de abril, FJ 5 (Roj: STS 2905/2012).

²⁰³ «La excepcionalidad a que se refiere el inicio del párrafo 8, debe interpretarse, pues, en relación con el párrafo cinco del propio artículo que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro. Si no hay acuerdo, el Art. 92.8 CC no excluye esta posibilidad, pero en este caso, debe el Juez acordarla "fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor". De aquí que no resulta necesario concretar el significado de la "excepcionalidad", a que se refiere el Art. 92.8 CC, ya que en la redacción del artículo aparece claramente que viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a

Por tanto y según lo manifestado por el Tribunal Supremo, en su sentencia ya citada de 15 de junio de 2016 es imprescindible que uno de los progenitores solicite este régimen. Sin dicha petición parece complicado que, en el procedimiento, se pueda proceder a su debate y, con ello, difícilmente se pueda aportar un plan contradictorio o de parentalidad. La elaboración de dicho plan es otro de los requisitos indispensables, además de la petición para poder acordar la guarda conjunta²⁰⁴.

Aunque nuestro CC no lo incluye en su redacción, la jurisprudencia ya se ha pronunciado sobre ello y ha manifestado que su no aportación puede ser motivo de desestimación de la custodia compartida²⁰⁵. Así queda reflejado, por ejemplo, en la sentencia de 3 de marzo de 2016 el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Se trata de un deber más de los padres. En este plan contradictorio debe quedar reflejado el modo en que los progenitores van a asistir y cuidar a sus hijos, como van a llevar a cabo la adopción de decisiones de especial relevancia (educación o sanidad, por ejemplo) y cómo van a acordar los tiempos de estancia. El contenido de dicho plan debe quedar justificado y cada una de las decisiones que se adopten, deberán tener como fin el beneficio del menor²⁰⁶.

- En segundo lugar, podrá adoptarse cuando se haya dictado la resolución de separación o divorcio, sin tener en cuenta el tiempo transcurrido una vez dictada dicha resolución, a través de un procedimiento de modificación de medidas. Este procedimiento puede ser de mutuo acuerdo o contencioso²⁰⁷. En este sentido, el artículo 775.1 LEC, así como el precepto 90.3 CC, aluden también a la posibilidad de incoar un procedimiento de modificación de medidas en los casos en los que proceda²⁰⁸.

que existan circunstancias específicas para acordarla». (STS 579/2011, de 22 de julio, FJ 3 (Roj: STS 4924/2011)).

²⁰⁴ ELDERECHO.COM, *La custodia compartida requiere la petición de al menos uno de los progenitores* (en línea), <https://elderecho.com/la-custodia-compartida-requiere-la-peticion-de-al-menos-uno-de-los-progenitores> [fecha de consulta: 10/10/2019].

²⁰⁵ *Ibidem*.

²⁰⁶ STS 130/2016, de 3 de marzo, FJ 2 (Roj: STS 801/2016).

²⁰⁷ CONCEPTOSJURÍDICOS.COM, *Custodia compartida* (en línea), <https://www.conceptosjuridicos.com/custodia-compartida/> [fecha de consulta: 10/09/2019].

²⁰⁸ Artículo 775.1 LEC: «El Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso, los cónyuges, podrán solicitar del tribunal que acordó las medidas definitivas, la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas».

De esta forma y tal y como se desprende del artículo 91 CC, las medidas pueden cambiarse «cuando se alteren sustancialmente las circunstancias»²⁰⁹. Sin embargo, esta norma general ha terminado cesando en virtud de sentencias como la dictada el 5 de abril de 2019 dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1º), quien concede la custodia monoparental en favor del padre como consecuencia de la enfermedad psíquica que padecía la madre²¹⁰. En el transcurso del proceso, el Juzgado de Primera Instancia concedió la custodia exclusiva en favor del padre tras alegar esta enfermedad que padecía la madre. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Granada revocó la sentencia por considerar que no había lugar a un cambio trascendental de las circunstancias.

Finalmente, el Tribunal Supremo, en la sentencia que ha sido citada anteriormente, reafirma lo manifestado por la resolución del Juzgado de Primera Instancia y manifiesta además que «no es preciso que el cambio de circunstancias sea sustancial sino que sea cierto e instrumentalmente dirigido al interés del menor»²¹¹. En este sentido, es preciso mencionar también que la sentencia del mismo tribunal de 24 de mayo de 2016 establece que la redacción del artículo 90.3 CC «viene a recoger la postura jurisprudencial que daba preeminencia al interés del menor en el análisis de las cuestiones relativas a su protección, guarda y custodia, considerando que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio «sustancial», pero sí cierto»²¹².

Artículo 90.3 CC: «Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges. Las medidas que hubieran sido convenidas ante el Secretario judicial o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código».

²⁰⁹ Artículo 91 CC: «En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias».

²¹⁰ NOTICIAS JURÍDICAS, *Las modificaciones en materia de custodia de los hijos no requieren que el cambio de circunstancias sea sustancial* (en línea), <http://noticias.juridicas.com/actualidad/jurisprudencia/13973-las-modificaciones-en-materia-de-custodia-de-los-hijos-no-requieren-que-el-cambio-de-circunstancias-sea-sustancial/> [fecha de consulta: 28/09/2019].

²¹¹ STS 211/2019, de 5 de abril, FJ 2 (Roj: STS 1411/2019).

²¹² STS 346/2016, de 24 mayo, FJ 4 (RJ 2016\2284).

Por tanto, ya no es necesario que el cambio sea de carácter sustancial, como enuncia el artículo 91 CC, entre otros. Basta con que se un cambio cierto y que el interés del menor así lo recomiende.

7.7 Efectos de la custodia compartida

7.7.1 Pensión de alimentos

La pensión de alimentos no solo se abona en los casos en los que se adopte la custodia monoparental, sino también cuando se acuerde la guarda conjunta. En este último caso, la retribución será desembolsada por ambos progenitores. Esta pensión se otorga dependiendo de la situación de necesidad de los hijos, así como también de la capacidad económica de los progenitores. Por tanto, su entrega queda condicionada y no siempre podrá ser acordada²¹³.

El artículo 93 CC así lo establece cuando, en su párrafo primero, dispone que «el Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento». Además, el mismo artículo en su párrafo segundo menciona que, cuando esos hijos sean mayores de edad, la retribución por alimentos se determinará conforme el artículo 142 CC y siguientes²¹⁴. Parece claro, ya que los hijos, al ser mayores, ya no estarían bajo la guarda y custodia de sus padres y, por tanto, ya no les sería de aplicación el artículo 93 CC.

A raíz de la sentencia de 11 de febrero de 2016 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1º), junto a dicha cuestión, se empezó a analizar otra: la llamada pensión compensatoria. En dicha resolución se resolvió que el padre debía abonar una cantidad a la madre por el desequilibrio ocasionado a raíz del divorcio, además de una cantidad a sus hijos en concepto de pensión de alimentos²¹⁵. Asimismo, el artículo 97 CC hace referencia a este tipo de retribución:

²¹³ ELDERECHO.COM, *7 errores muy comunes cuando hablamos de la custodia compartida* (en línea), <https://elderecho.com/7-errores-comunes-cuando-hablamos-la-custodia-compartida> [fecha de consulta: 28/09/2019].

²¹⁴ Artículo 93CC, párrafo segundo: «Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código».

²¹⁵ STS 55/2010, de 11 de febrero (Roj: STS 359/2016).

«El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia»²¹⁶.

En este sentido, el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1º), en su sentencia de 16 de julio de 2013 manifiesta la finalidad de esta compensación económica y establece cuales son los criterios a tener en cuenta para poder aprobarla. Relativo a la finalidad de dicha compensación, el Supremo declara lo siguiente:

«La pensión compensatoria pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación»²¹⁷.

Por otro lado, en cuanto a los criterios a tener en cuenta, destacan los siguientes:

«De este modo, las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 CC²¹⁸ tienen una doble función: a) actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y b) una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión. A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones: a) si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria; b) cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia, y c) si la pensión debe ser definitiva o temporal»²¹⁹.

²¹⁶ Artículo 97, párrafo primero.

²¹⁷ STS 864/2010, de 19 de enero, FJ 6 (Roj: STS 327/2010).

²¹⁸ Artículo 97 (párrafo 2º): «A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias: 1.ª Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges. 2.ª La edad y el estado de salud. 3.ª La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo. 4.ª La dedicación pasada y futura a la familia. 5.ª La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge. 6.ª La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal. 7.ª La pérdida eventual de un derecho de pensión. 8.ª El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge. 9.ª Cualquier otra circunstancia relevante».

²¹⁹ FJ 6.

7.7.2 *Uso de la vivienda familiar*

En primer lugar, es preciso aclarar que la forma de atribución de la vivienda depende del régimen de custodia que se adopte. Como consecuencia del gran vacío legal que hay en este ámbito, la jurisprudencia²²⁰ ha matizado en sus resoluciones lo que procede en cada caso. De esta forma, cuando se trata de guarda y custodia monoparental el precepto a aplicar es el artículo 96 CC, párrafo primero²²¹. Sin embargo, esto no podría aplicarse al caso de la custodia compartida, ya que el hijo no queda bajo la guarda de uno solo de los progenitores, sino de los dos. Por tanto, se aplicará por analogía el artículo 96 CC, párrafo segundo²²². En concreto, el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) en su sentencia de 14 de marzo de 2017 pone de manifiesto esto que venimos mencionando, además de los factores que se deben tener en cuenta en estos casos, los cuales son: poder compatibilizar los tiempos de estancia entre padres e hijos, y saber a quién pertenece la vivienda familiar²²³.

Por tanto, en estos casos de asignación del domicilio familiar en el modelo de guarda conjunta, el principio de protección del menor no solo consiste en ampararle a través del uso de la vivienda, sino también en poder compaginar las estancias con cada progenitor. Además, en estos supuestos ya no estaremos ante una única residencia, que era la que se constituía como vivienda familiar, sino que serán dos las viviendas familiares en las cuales, el menor pasará temporadas.

Cuando hablamos de guarda conjunta, la jurisprudencia también distingue entre si la vivienda que antes era la residencia familiar es privativa de los progenitores o si pertenece a ambos, un dato relevante a la hora de la atribución. En este sentido, es posible que el progenitor que es propietario del inmueble se vea privado de su disfrute, como consecuencia de la falta de capacidad económica del otro progenitor. Esta atribución puede establecerse por tiempo limitado o de forma indefinida. Este último caso

²²⁰ STS 593/2014, de 24 de octubre (VLex); 268/2018, de 9 de mayo (Roj: STS 1627/2018).

²²¹ Artículo 96 CC, párrafo primero: «En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden»

²²² Artículo 96 CC, párrafo segundo: «Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente».

²²³ STS 183/2017, de 14 de marzo, FJ 3 (Roj: STS 973/2017).

cuando el hijo alcance la mayoría de edad²²⁴, todo ello con arreglo a los criterios que tenga por conveniente el juez.

La jurisprudencia modificó su criterio a raíz de la sentencia de 5 de septiembre de 2011, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1º). Consideró que, una vez que los hijos alcancen la mayoría de edad, la protección que les brinda el artículo 96 CC cesará y, a partir de ahí, será de aplicación el artículo 142 CC²²⁵.

El Tribunal Supremo es partidario de que no procede una atribución indefinida cuando «no existe riesgo de poner en peligro el régimen de custodia compartida, pues el progenitor está en condiciones, por su situación económica, de proporcionar una vivienda adecuada a sus necesidades». Puede que, en el momento actual no tenga la capacidad económica suficiente para adquirir una vivienda, pero en un futuro sí podrá. Por eso, es más plausible que se establezca una atribución temporal, tal y como manifiesta la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero, ya citada²²⁶.

7.7.3 Régimen de visitas

La adopción de un régimen de visitas en favor del progenitor no custodio parece claro en los supuestos en los que se aprueba una guarda y custodia monoparental, ya que el progenitor no custodio es el que menos tiempo pasa con el menor. El artículo 94 CC²²⁷ hace referencia a este derecho del que venimos hablando. Sin embargo, la cuestión a dilucidar es si, en aquellos supuestos en los que se acuerde una guarda conjunta, es posible también establecer un sistema de visitas.

Ambos progenitores pasan tiempo con sus hijos, se suceden en los tiempos de estancia. De esta forma, en un primer momento, no parece muy razonable que se acuerde. Sin embargo, es preciso recordar que, mediante pacto acordado por ambos progenitores, se podrá configurar el sistema de guarda conjunta, siempre pensando en el interés

²²⁴ Por tiempo indefinido se entiende que, la atribución se alarga hasta la mayoría de edad. Así queda recogido en resoluciones como la STS 95/2018, de 20 de febrero, FJ 4 (Roj: STS 503/2018).

²²⁵ STS 624/2011 de 5 de septiembre de 2011 (VLex).

²²⁶ FJ 3.

²²⁷ Artículo 94 CC: «El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial. Igualmente podrá determinar, previa audiencia de los padres y de los abuelos, que deberán prestar su consentimiento, el derecho de comunicación y visita de los nietos con los abuelos, conforme al artículo 160 de este Código, teniendo siempre presente el interés del menor».

del menor, sin perjuicio de la revisión efectuada por el juez. Así se desprende del artículo 90.2 CC²²⁸. La problemática surge cuando entre los progenitores no hay consenso y hay uno que no quiere establecer ese régimen de visitas.

En este sentido, el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1º) en su sentencia de 20 de septiembre de 2016 manifiesta que «si se acude al régimen de guarda y custodia compartida ha de ser para que los menores tengan estabilidad alternativa con ambos progenitores»²²⁹. En ese caso, la custodia compartida era por periodo semanal entre ambos padres y uno de ellos solicitaba un régimen de visitas por semana con pernocta. El Tribunal Supremo declaró que sí sería posible establecer un régimen de visitas por semana, pero que estas sean sin pernocta porque, de lo contrario, estaríamos ante un régimen que se asemeja más al de custodia monoparental²³⁰.

Por consiguiente y dependiendo de los tiempos de estancia, sí que es posible establecer dicho régimen en los casos en los que el cuidado y protección de los hijos se atribuya a ambos progenitores. Cuando los periodos de estancia fuesen largos, este régimen de visitas estaría más que justificado²³¹. Sin embargo, si el tiempo de estancia fuese de una semana, como es el caso de la sentencia, la adopción de visitas podría ser posible, pero con alguna restricción.

7.8 Tipos de custodia compartida

Existen diversas maneras de ejercitar este régimen en función de la vivienda en la que vayan a vivir los menores y el tiempo que vayan a estar con cada progenitor.

7.8.1 *En cuanto al domicilio*

Puede ocurrir que los hijos se encuentren siempre en la misma vivienda y sean los progenitores los que se vayan alternando²³². Es lo que se conoce como «"casa niño"», si bien este tipo de medida está entrando cada vez más en decadencia debido a las

²²⁸ Artículo 90.2 CC: «Los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación y divorcio presentados ante el órgano judicial serán aprobados por el Juez salvo si son dañinos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges».

²²⁹ STS 283/2016, de 3 de mayo, FJ 4 (Roj: STS 1091/2016).

²³⁰ *Ibidem*.

²³¹ ACUÑA SAN MARTÍN, M., *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio*, Edit. Dykinson, Madrid, 2015, pág. 151.

²³² CONCEPTOS JURÍDICOS, Custodia compartida (en línea), <https://www.conceptosjuridicos.com/custodia-compartida/> [fecha de consulta: 1/10/2019].

dificultades que conlleva. Y es que la capacidad económica de los cónyuges debe ser más que suficiente al tener que mantener tres viviendas (la del menor y la respectiva de cada progenitor para cuando no estén en su periodo de estancia correspondiente). Además, también serían comunes los problemas relativos al mantenimiento de la vivienda²³³.

Por otro lado, la otra forma de ejercer la custodia compartida según el domicilio, es que el menor sea el que cambie de vivienda. Esta forma de ejercicio es la más común en la actualidad por ser menos costosa y no acarrear tantas dificultades²³⁴.

7.8.2 En cuanto al tiempo de la estancia

Podrá ser o bien un periodo de estancia igual para ambos progenitores que, según las circunstancias del supuesto, se podrá acordar por semanas, meses, semestres, etc.; o bien podrá establecerse un periodo de estancia diferente. Este último se podrá acordar cuando, por cuestiones de trabajo, uno de los padres no pueda dedicar el mismo tiempo que el otro progenitor. En este sentido, el Tribunal Supremo recuerda, en su sentencia ya citada de 13 de noviembre de 2018, que la custodia compartida no supone que el reparto de los tiempos se lleve a cabo de manera igual²³⁵. De esta forma, como consecuencia del horario laboral del padre, se acuerda la custodia compartida con un reparto desigual de los tiempos de estancia: los días lectivos, los menores estarán con la madre y los fines de semanas con el padre.

7.9 Exclusión de la custodia compartida

El precepto 92.7 CC regula los casos de exclusión de dicho régimen:

«No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de

²³³ ABOGACÍA ESPAÑOLA, La situación actual en la atribución del uso y disfrute del domicilio familiar a los hijos (en línea), <https://www.abogacia.es/2017/06/09/la-situacion-actual-en-la-atribucion-del-uso-y-disfrute-del-domicilio-familiar-a-los-hijos/> [fecha de consulta: 1/10/2019].

²³⁴ CONCEPTOS JURÍDICOS, Custodia compartida (en línea), <https://www.conceptosjuridicos.com/custodia-compartida/> [fecha de consulta: 1/10/2019].

²³⁵ FJ 5.

las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica».

La jurisprudencia se ha mostrado unánime en relación a dichos supuestos, en concreto, el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1º), en su sentencia de 4 de febrero de 2016 estableció la siguiente diferenciación:

«Y es que una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura, y otra distinta que ese marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparta al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que van a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos»²³⁶.

Añade además lo siguiente:

«El art. 2 de la LO 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno "libre de violencia " y que "en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir"»²³⁷.

Por tanto, en aquellos supuestos en los que concurren actos violentos iniciados por cualquiera de los padres, la adopción de la guarda conjunta será inviable. El menor debe educarse en un entorno pacífico, sin ningún tipo de acto violento que perjudique sus intereses. En este sentido, surge la duda de si, en los casos de violencia de género, la sola denuncia puede impedir que se adopte dicho régimen. La Jurisprudencia entiende que en aquellos casos en los que exista denuncia pero esta se haya sobrepasado, no existen motivos que dificulten la adopción de la custodia conjunta. Sin embargo, este crite-

²³⁶ STS 36/2016, de 4 de febrero, FJ 2 (Roj: STS 188/2016).

²³⁷ *Ibidem*.

rio ha ido cambiando en virtud del Pacto de Estado contra la Violencia de Género²³⁸ y la sola denuncia puede ser causa de denegación de dicho régimen²³⁹.

8. CONCLUSIONES

I. En la antigua Roma, la patria potestad se constituía como un derecho subjetivo del que era poseedor en exclusiva el padre de familia. Con el transcurso del tiempo y gracias a la Ley 11/1981, se reconocerá, por primera vez, la titularidad conjunta del padre y de la madre y se comienza a dar una mayor protección a los intereses de los hijos. La patria potestad (artículo 154 CC) debe estar al servicio de los mismos y se concibe como el conjunto de derechos y deberes que ostentan los padres para con sus hijos menores y no emancipados, aunque con excepciones (prórroga o rehabilitación de la patria potestad).

II. La patria potestad es intransmisible, irrenunciable e imprescriptible. Además, posee un contenido de carácter personal, formado por todos los deberes propios de los progenitores (velar por los hijos, tenerlos en su compañía, prestarles alimentos y educarles y procurarles una educación integral), así como también las obligaciones de los hijos (obedecer y respetar a sus progenitores). El no cumplimiento de cualquiera de estas obligaciones por parte de los progenitores podrá tener como consecuencia la privación de la patria potestad.

III. Por otro lado, el contenido patrimonial (artículo 164 CC) está constituido por aquellas facultades de los progenitores destinadas a la administración del patrimonio de sus hijos (administración de carácter limitada) y por la obligación que estos poseen de contribuir, siempre con base a sus posibilidades, al levantamiento de las cargas familiares. Además, no debe olvidarse que, en algunos supuestos en los que es posible la administración parental, es necesario contar con autorización judicial. Asimismo, los hijos deberán cumplir con dicho deber solo cuando convivan con sus padres y sea algo necesario. Como excepción, los bienes que quedan fuera de la administración parental y,

²³⁸ Fue ratificado en diciembre de 2017 por los distintos Grupos Parlamentarios, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales representadas en la Federación Española de Municipios y Provincias. MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, RELACIONES CON LAS CORTES E IGUALDAD, *Por una sociedad libre de violencia de género* (en línea), <http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/pactoEstado/home.htm> [fecha de consulta: 10/10/2019].

²³⁹ ELDERECHO.COM, *7 errores muy comunes cuando hablamos de la custodia compartida* (en línea), <https://elderecho.com/7-errores-comunes-cuando-hablamos-la-custodia-compartida> [fecha de consulta: 10/10/2019].

además, no pueden ser utilizados para contribuir al levantamiento de cargas, sí podrán destinarse a ello, en caso de que los padres no tengan medios económicos suficientes (artículo 165 CC).

IV. Los progenitores titulares y ejercientes de la patria potestad ostentarán la representación del menor (artículo 162.1), salvo que estemos ante derechos de la personalidad del menor y este tenga suficiente madurez; situación en la que exista un conflicto de intereses o cuando se trate de un acto relativo a bienes que queden fuera del manejo de los padres. En este sentido, el defensor y administrador judicial se encargarían de ello.

V. La regla general es titularidad y ejercicio conjunto, con independencia de si media o no separación o divorcio, e incluso, cuando solo uno de los progenitores ostenta la guarda y custodia del menor (artículo 154 y 156). La guarda y custodia es una facultad inherente a la patria potestad y está relacionada con los actos derivados de la convivencia cotidiana con el hijo menor en los casos de crisis matrimonial. Sin embargo, la patria potestad, se compone de aquellos actos de mayor envergadura y que no requieren un contacto diario con el hijo.

VI. Puede ocurrir que, aun siendo ambos padres los titulares de la patria potestad, solo uno de ellos puede ejercerla (artículo 156 CC). Es el caso de aquellas situaciones en las que los progenitores no se ponen de acuerdo frente a un determinado asunto. También puede darse este caso en situaciones de incapacidad (mediante sentencia) o imposibilidad de los mismos (por enfermedad) o cuando uno de los progenitores sea suspendido del ejercicio en causa criminal o matrimonial. El progenitor no ejerciente podrá visitar a sus hijos, comunicarse con ellos y tenerles en su compañía (artículo 160 CC)

VII. También puede darse el caso de que la titularidad y el ejercicio sean individuales. Esto será así en los casos en los que la filiación se haya determinado con respecto a uno solo de los progenitores o sea solo un progenitor quien adopte, cuando uno de ellos fallezca, por privación total de la patria potestad por sentencia y, por último, cuando se determine la filiación de forma judicial contra la oposición del progenitor.

VIII. Por otro lado, existen situaciones en las que los progenitores se separan de hecho y aquel que conviva con el hijo será quien ejerza la patria potestad. El otro pro-

genitor (titular, pero no ejerciente), sí así lo desea, podrá solicitar al juez que el ejercicio sea conjunto. Sin embargo, si ambos discrepan, será el juez quien lo resuelva (artículo 156.5 y 159 CC).

IX. La patria potestad puede extinguirse (artículo 169 CC) por fallecimiento de los padres, emancipación del menor o por su mayoría de edad, o adopción. También se podrá privar (artículo 170 CC) de la patria potestad de forma total (titularidad y ejercicio) o parcial (ejercicio) en los casos de ausencia, incapacidad o imposibilidad de los padres, y por sentencia dictada en causa matrimonial o criminal. Por último, también se podrá excluir (artículo 111 CC) a los progenitores de la misma. Se entiende que el progenitor nunca la ha llegado a ostentar. Son los casos en los que se establece la filiación contra la oposición del progenitor y cuando el hijo es fruto de una violación. Aun en los supuestos en los que la patria potestad quede suspendida o excluida, los padres siguen estando obligados a prestar alimentos y relacionarse con sus hijos ya que, estos deberes son inherentes a la filiación.

X. La guarda y custodia coincide en ambos progenitores cuando estos conviven juntos y, una vez que se produce la crisis matrimonial, es cuando debe atribuirse de forma conjunta o solo a uno de ellos. Es una institución basada en la defensa del interés del menor, principio que se constituye por primera vez como un criterio para su atribución en virtud de la Ley 30/1981.

XI. En cuanto a la custodia compartida, es introducida por primera vez en la Ley 15/2005, lo que supone una mayor igualdad de condiciones entre ambos padres. En dicho régimen ambos se encargan periódicamente de la asistencia y corrección de los hijos (artículo 92 CC). Esta forma de guarda será la adoptada con carácter preferente siempre que sea favorable para el hijo y cuando uno de los padres lo solicite (artículo 92.5 CC). Con ella se pretende mantener la situación anterior a la crisis matrimonial.

XII. Los principios que conforman la custodia compartida son el interés superior del menor, la audiencia del menor que tenga suficiente juicio en los procedimientos que le afecten, el principio de coparentalidad, referido al derecho de los hijos de relacionarse con sus progenitores; el de corresponsabilidad, referido al reparto equitativo de los derechos y deberes de los progenitores; el principio de igualdad entre los progenitores y, finalmente, el principio de universalidad, en cuanto a que todos los hijos (naturales y adoptivos) gozarán de los mismos derechos.

XIII. Los criterios para adoptar la custodia compartida establecidos por la jurisprudencia son: 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, el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar, los acuerdos adoptados por los progenitores, la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades y, finalmente, el resultado de los informes exigidos legalmente.

XIV. La custodia compartida podrá acordarse bien durante el proceso de separación o divorcio (mediante acuerdo de los progenitores en convenio o mediante decisión judicial), o bien una vez se haya dictado la sentencia, a través de un procedimiento de modificación de medidas (artículos 90.3 y 91 CC). Para que se puedan modificar las medidas, el cambio ya no tiene que ser, necesariamente, sustancial, basta con que sea cierto y que el interés del menor así lo recomiende, tal y como ha establecido la jurisprudencia.

XV. En cuanto a los efectos de la custodia compartida podemos señalar la pensión de alimentos, que se otorga por ambos progenitores a los hijos dependiendo de su situación de necesidad, así como también de la capacidad económica de los padres (artículo 93 CC). Además, también es posible acordar una pensión compensatoria para el progenitor que sufra un desequilibrio económico como consecuencia de la crisis matrimonial. Otro de los efectos es el relativo al uso de la vivienda familiar. La que antes era la única vivienda familiar podrá ser atribuida por un tiempo definido al progenitor que no tenga recursos económicos suficientes. Por último, cabe destacar el régimen de visitas, el cual puede ser aprobado también en estos casos de custodia compartida, pero con ciertos matices.

XVI. Por otro lado, encontramos diferentes formas de ejercer la custodia compartida en función de la vivienda donde vayan a residir los menores (que el menor sea el que cambie de domicilio o que sean los progenitores los que vayan rotando) y, en función del tiempo de estancia (periodos de estancia iguales o distintos).

XVII. Finalmente, cabe decir que dicho régimen se excluirá en aquellos supuestos en los que cualquiera de los progenitores sea el precursor de una situación de violencia o que se encuentre incurso en un proceso penal por los delitos que enuncia el artícu-

lo 92.7 CC, como son atentar contra la vida o integridad física del otro cónyuge o los hijos que conviva con ambos.

9. BIBLIOGRAFÍA

-ABOGACÍA ESPAÑOLA, *La guarda y custodia compartida “de hecho” y “de derecho”* (en línea), <http://www.abogacia.es/2018/10/08/la-guarda-y-custodia-compartida-de-hecho-y-de-derecho/>.

-ABOGACÍA ESPAÑOLA, *La situación actual en la atribución del uso y disfrute del domicilio familiar a los hijos* (en línea), <https://www.abogacia.es/2017/06/09/la-situacion-actual-en-la-atribucion-del-uso-y-disfrute-del-domicilio-familiar-a-los-hijos/>.

-ACUÑA SAN MARTÍN, M., *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio*, Edit. Dykinson, Madrid, 2015, pág. 151.

-ALBALADEJO GARCIA, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, págs. 104-107.

-ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho civil. Tomo IV. Derecho de familia*, Edit. Edisofer, Madrid, 2013, pág. 281.

-BAYARRI MARTÍ, M.L., *El régimen de guarda y custodia en España. Derecho común y Comunidades Autónomas con Derecho civil propio* (en línea), <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4927-el-regimen-de-guarda-y-custodia-en-espana-derecho-comun-y-comunidades-autonomas-con-derecho-civil-propio/>.

-BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Manual de derecho civil: Derecho de Familia*, Edit. Bercal, Madrid, 2015, pág. 260.

-CARRASCO PERERA, A. (coord.), *Lecciones de Derecho civil. Derecho de familia*, Edit. Tecnos, Madrid, 2017., pág. 200.

-CONCEPTOSJURÍDICOS.COM, *Custodia compartida* (en línea), <https://www.conceptosjuridicos.com/custodia-compartida/>.

-CONSULTORÍA DE SERVICIOS JURÍDICOS, *¿Qué alcance ha de darse a la relación anterior de los progenitores con los hijos en la decisión judicial de la custodia?*(en línea), <https://www.jurisprudenciaderechofamilia.com/2013/06/27/normas-jur%3%ADdicas-y-sentimientos-cual-es-el-alcance-que-debe-otorgarse-a-laa->

relaci% C3% B3n-coet% C3% A1nea-y-anterior-de-los-progenitores-con-los-hijos-en-la-decisi% C3% B3n-judicial-de-la-custodia/.

-CONSULTORÍA DE SERVICIO JURÍDICOS, *Evolución histórica de los criterios para la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores (1870-2005)* (en línea), <https://www.jurisprudenciaderechofamilia.com/2013/05/07/evoluci%C3%B3n-hist%C3%B3rica-de-los-criterios-para-atribuci%C3%B3n-de-la-guarda-y-custodia-de-los-hijos-menores-1870-2005/>.

-DEL AMO DEL AMO, M.C., *La familia y el trabajo femenino en España durante la segunda mitad del siglo XIX*, Tesis Doctoral (s.p.), Universidad Complutense de Madrid, 2008.

-DERECHO EN RED, *Derecho romano: la patria potestad*, (en línea), <http://www.derechoromano.es/2013/04/la-patria-potestad.html>.

-GARCÍA PRESAS, I., *La patria potestad*, Edit. Dykinson, Madrid, 2013, págs. 13-14.

-DERECHO EN RED, *Privación de la patria potestad (III): ¿es posible la privación en un convenio regulador?* (en línea), <https://www.infoderechocivil.es/2015/03/privacion-patria-potestad-privacionconvenio-regulador.html>.

-EDITORIAL JURÍDICA SEPÍN, *¿Conocemos bien el marco jurídico que arroja el interés del menor?* (en línea), <https://blog.sepin.es/2017/02/marco-juridico-interes-menor/>.

-ELDERECHO.COM, *7 errores muy comunes cuando hablamos de la custodia compartida* (en línea), <https://elderecho.com/7-errores-comunes-cuando-hablamos-la-custodia-compartida>.

-ELDERECHO.COM, *La custodia compartida requiere la petición de al menos uno de los progenitores* (en línea), <https://elderecho.com/la-custodia-compartida-requiere-la-peticion-de-al-menos-uno-de-los-progenitores>.

-IBERLEY, *La elección del colegio de los hijos en caso de desacuerdo de los progenitores* (en línea), <https://www.iberley.es/noticias/eleccion-colegio-hijos-caso-desacuerdo-progenitores-28319>.

- IBERLEY, *La regulación de la guarda y custodia de hijos como efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio* (en línea), <https://www.iberley.es/temas/regulacion-guarda-custodia-hijos-59558>.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Derecho de familia: principios de derecho civil VI*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2016, pág. 352.
- LEFEBVRE, F. (edit.), *Relaciones Paterno-Filiales*, Edit. Francis Lefebvre, Madrid, 2019, pág. 9.
- LEGALITAS, *El régimen de visitas de los hijos en caso de separación o divorcio* (en línea), <https://www.legalitas.com/abogados-para-particulares/actualidad/articulos-juridicos/contenidos/Elregimen-de-visitas-de-los-hijos-en-caso-de-separacion-o-d->.
- LLAMAS POMBO, E.: *El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad*, Trium editorial, Madrid, 1993, págs. 31-32. Esta cita se encuentra recogida en GARCÍA PRESAS, I., *La patria potestad*, Edit. Dykinson, Madrid, 2013, págs. 18-19.
- LLEDÓ YAGÜE, F., MONJE BALMASEDA, O., HERRÁN ORTIZ, A.I., *Derecho de familia: Cuaderno III: las relaciones paterno-filiales, adopción y potestad parental*, Edit. Dykinson, Madrid, 2017, págs. 153-154.
- LÓPEZ MARTÍNEZ, R., «Legislación sobre custodia compartida en España: situación actual», en *Anuario del Centro de la Universidad Nacional de Educación a Distancia en Calatayud*, núm. 22, 2016, págs. 179-192.
- LÓPEZ SAN LUÍS, R., «Recientes criterios legislativos y jurisprudenciales sobre la custodia compartida», en *Experiencia jurídicas e identidades femeninas*, Edit. Dykinson, Madrid, 2011.
- MAGRO SERVET, V., *La privación de la patria potestad como medida civil aplicable en el proceso penal* (en línea), http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Privacion-patria-potestad-medida-aplicableproceso-penal_11_1061305001.html.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, M.B., «La violencia habitual en el ámbito doméstico y la causa de justificación de obrar en el ejercicio legítimo de un derecho», en *Estudios penales sobre la violencia doméstica*, Edit. Edersa, Madrid, 2006.

-MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.T., «El proceso formativo del actual artículo 166 del código civil», *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, nº 11, 1985, págs. 70-98.

-MENTE FORENSE, *Custodia de los hijos y su evolución legal* (en línea), <https://www.menteforense.com/custodia-los-hijos-evolucion/>.

-MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, RELACIONES CON LAS CORTES E IGUALDAD, *Por una sociedad libre de violencia de género* (en línea), <http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/pactoEstado/home.htm>.

-MUNDO JURÍDICO, *El principio del interés del menor en la guarda y custodia* (en línea), <https://www.mundojuridico.info/el-principio-del-interes-del-menor-en-la-guarda-y-custodia/>.

-NOTICIAS JURÍDICAS, *El TS establece criterios para asignar el uso de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida de los hijos* (en línea), <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/4204-el-ts-establece-criterios-para-asignar-el-uso-de-lavivienda-familiar-en-los-casos-de-custodia-compartida-de-los-hijos/>.

-NOTICIAS JURÍDICAS, *En Aragón la custodia compartida deja de ser preferente en interés del menor* (en línea), <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/13856-en-aragon-la-custodia-compartida-deja-de-ser-preferente-en-interes-del-menor/>.

-NOTICIAS JURÍDICAS, *Las modificaciones en materia de custodia de los hijos no requieren que el cambio de circunstancias sea sustancial* (en línea), <http://noticias.juridicas.com/actualidad/jurisprudencia/13973-las-modificaciones-en-materia-de-custodia-de-los-hijos-no-requieren-que-el-cambio-de-circunstancias-sea-sustancial/>.

-O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de derecho civil tomo IV. Derecho de la persona y de la familia*, Edit. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pág. 376.

-OTERO VARELA, A., «La patria potestad en el Derecho histórico español», *Anuario de historia del Derecho histórico español* nº 26, 1956, págs. 209-242.

-PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., «La protección de los menores e incapacitados en general», en *Curso de Derecho civil (IV): Derecho de familia*, Edit. Edisofer s.l., Madrid, 2016.

- PEREZ UREÑA, A.A., «El interés del menor y la custodia compartida». EN: Revista de Derecho de Familia, nº 26, 2005, pág. 275.
- PINTO ANDRADE, C., «La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y factores para su atribución», en *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, nº 9, 2015, pág. 149.
- RAGEL SÁNCHEZ, L.F., «La Guarda y custodia de los hijos», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 15, 2001, pág. 284.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, R., «Recientes criterios legislativos y jurisprudenciales sobre la custodia compartida», en *Experiencia jurídicas e identidades femeninas*, Edit. Dykinson, Madrid, 2011.
- ROMERO COLOMA, A.M., *La guarda y custodia compartida (Una medida igualitaria)*, Edit. Reus, Madrid, 2011, pág. 173.
- SÁNCHEZ CALERO, F. J., *Curso de Derecho civil IV. Derechos de Familia y Sucesiones*, Edit., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 334.
- SÁNCHEZ CORTÉS, C., *La jurisdicción voluntaria al servicio del ciudadano* (en línea), https://elpais.com/economia/2017/04/19/mis_derechos/1492610109_582125.html.
- SANTAMARÍA, M.L., *El concepto del interés superior del niño y su dimensión constitucional*, Edit. Universitat Politècnica de València, 2019, pág. 8.
- SERRANO ALONSO, E., SERRANO GÓMEZ, E., *Manual de Derecho civil*, Edit. Edisofer, Madrid, 2011, pág. 504.
- SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M. (coord.), *Menores en protección*, Edit. Grupo Difusión, Madrid, 2007, págs. 221-222.
- SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., «La patria potestad en el derecho romano y en el derecho alto medieval visigodo», *Revista de estudios histórico-jurídicos*, núm. 36, 2014, págs. 159-187.
- TORRENT RUIZ, A. J., «La recepción del derecho justinianeo en España en la Baja Edad Media (siglos XII-XV)», *Revista internacional de derecho romano*, nº 10, 2013, págs. 28-30.

-UNICEF, *¿Qué es la Convención sobre los Derechos del Niño?* (en línea), <https://www.unicef.es/causas/derechos-ninos/convencion-derechos-ninos>.

-URRUTIA BADIOLA, A. *et alii*, *Cuaderno teórico Bolonia III. Derecho de familia*, Edit. Dykinson, Madrid, 2012, págs. 129-136.

-VELA SÁNCHEZ, A., *Derecho Civil para el grado IV: derecho de familia*, Edit. Dykinson, Madrid, 2007, pág. 107.

10. ANEXO I

- Ley 6/2019, de 21 de marzo, de modificación del 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 en materia de custodia (BOA núm. 66 de 4 de abril de 2019 y BOE núm. 125 de 25 de mayo de 2019).
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015).
- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007).
- Ley 54/2007, de 29 de diciembre, de Adopción Internacional (BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007).
- Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE núm.157, de 2 de julio de 2005).
- Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. (BOE núm.163, de 9 de julio de 2005).
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004).
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996).
- Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. (BOE núm. 250, de 18 de octubre de 1990).
- Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1981).

- 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. (BOE núm. 172, de 20 de julio de 1981).
- 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 (BOA núm. 67, de 29 de marzo de 2011).
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código civil (BOE núm. 206, de 25/07/1889).

11. ANEXO II

- STC 133/2010, de 2 de diciembre (BOE núm. 4, de 05 de enero de 2011).
- STC 163/2009, de 29 de junio (BOE núm. 181, de 28 de julio de 2009).
- STS 211/2019, de 5 de abril (Roj: STS 1411/2019).
- STS 4/2018, de 10 de enero de 2018 (EDJ 2018/734).
- STS 95/2018, de 20 de febrero (Roj: STS 503/2018).
- STS 268/2018, de 9 de mayo (Roj: STS 1627/2018).
- STS 593/2018, de 30 de octubre (Roj: STS 3684/2018).
- STS 630/2018, de 13 de noviembre (RJ 2010\4930).
- STS 14/2017, de 13 de enero (Roj: STS 13/2017).
- STS 183/2017, de 14 de marzo (Roj: STS 973/2017).
- STS 442/2017, de 13 de julio (Roj: STS 2840/2017).
- STS 519/2017, de 22 de septiembre de 2017 (Roj: STS 3327/2017).
- STS 36/2016, de 4 de febrero (Roj: STS 188/2016).
- STS 130/2016, de 3 de marzo (Roj: STS 801/2016).
- STS 263/2016, de 20 de abril de 2016 (Roj: STS 1658/2016).
- STS 283/2016, de 3 de mayo (Roj: STS 1091/2016).
- STS 346/2016, de 24 mayo, FJ 4 (RJ 2016\2284).
- STS 400/2016, de 15 de junio (Roj: STS 2877/2016).
- STS 76/2015, de 17 de febrero, (RJ 2015\924).
- STS 530/2015, de 25 de septiembre, FJ 4 (RJ 2015\4028).
- STS 621/2015, de 9 de noviembre (Roj: STS 4575/2015).

- STS 315/2014, de 6 de junio (RJ 2014\2844).
- STS 566/2014, de 16 de octubre (RJ 2014\5165).
- STS 413/2014, de 20 de octubre (Roj: STS 4233/2014).
- STS 593/2014, de 24 de octubre (VLex).
- STS 619/2014, de 30 de octubre (Roj: STS 4342/2014).
- STS 257/2013, de 29 de abril (Roj: STS 2246/2013).
- STS 426/2013, de 17 de junio (Roj: STS 3347/2013).
- STS 495/2013, de 19 de julio de 2013 (Roj: STS 4082/2013).
- STS 758/2013, de 25 de noviembre (Roj: STS 5710/2013).
- STS 55/2012, de 16 de febrero (Roj: STS 839/2012).
- STS 229/2012, de 19 de abril (Roj: STS 2905/2012).
- STS 185/2012, de 17 de octubre (BOE núm. 274, de 14 de noviembre de 2012).
- STS 252/2011, de 7 de abril (Roj: STS 2005/2011).
- STS 579/2011, de 22 de julio (RJ 2011\5676).
- STS 624/2011 de 5 de septiembre de 2011 (VLex).
- STS 864/2010, de 19 de enero (Roj: STS 327/2010).
- STS 55/2010, de 11 de febrero (Roj: STS 359/2016).
- STS 623/2009, de 8 de octubre (Roj: STS 5969/2009).
- STS 1072/2008, de 12 de noviembre (RJ 2008\7128).
- STSJ de Aragón 35/2012, de 26 de octubre (RJ 2012\11180).
- AAP de Madrid 82/2017, de 31 de enero (JUR 2017\60541).
- SAP de A Coruña 241/2017, de 30 de junio (JUR 2017, 204268).

TRABAJO FIN DE MÁSTER

- SAP de Barcelona 411/2017, de 23 de marzo (Roj: SAP B 4125/2017).
- SAP de Alicante 85/2016, de 13 de abril (JUR 2016\148278).
- SAP de Girona 92/2015, de 23 de abril (JUR 2015\166182).
- SAP de Málaga 443/2014, de 18 de junio (JUR 2014\281648).
- SAP de A Coruña 202/2012, de 9 de mayo (JUR 2012\205092).
- AAP de Valencia 405/2011, de 5 de diciembre (JUR 2012\42019).
- SAP de Barcelona 36/2007, de 12 de enero (Roj: SAP B 1312/2007).