



**Facultad de Derecho**  
**Universidad Zaragoza**

Trabajo Fin de Grado

EL RÉGIMEN DE CUSTODIA DEL MENOR  
TRAS LA SEPARACIÓN O EL DIVORCIO  
DE SUS PROGENITORES

Autora

Yolanda Vidao Rodrigo

Directora

Maria Elena Bellod Fernández De Palencia

UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

Año 2022

# ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN .....	5
II.	GUARDA Y CUSTODIA DEL MENOR .....	7
1.	CONCEPTO .....	7
2.	MODALIDADES .....	8
2.1	Guarda y custodia individual o exclusiva .....	8
2.2	Guarda y custodia compartida o alterna .....	9
2.3	Guarda y custodia atribuida a un tercero .....	10
III.	EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO PRINCIPIO FUNDAMENTAL.....	11
1.	CONCEPTO Y CUESTIONES GENERALES .....	11
2.	EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LA ATRIBUCIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.....	12
IV.	VENTAJAS E INCONVENIENTES PARA EL MENOR SUJETO AL RÉGIMEN DE CUSTODIA COMPARTIDA .....	15
1.	VENTAJAS DEL RÉGIMEN DE CUSTODIA COMPARTIDA .....	15
2.	INCONVENIENTES DEL RÉGIMEN DE CUSTODIA COMPARTIDA .....	18
V.	CUESTIONES A TRATAR TRAS EL ESTABLECIMIENTO DE LA CUSTODIA COMPARTIDA .....	19
1.	GASTOS DE LOS HIJOS Y PENSIÓN ALIMENTICIA .....	19
2.	ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR .....	21
3.	TIEMPOS DE CUSTODIA .....	22
4.	CAMBIO DE DESTINO DE UNO DE LOS PROGENITORES .....	23
VI.	BREVE REFERENCIA A LA REGULACIÓN DEL RÉGIMEN DE CUSTODIA COMPARTIDA EN ARAGÓN .....	25

VII. CONCLUSIONES.....	27
VIII. BIBLIOGRAFÍA .....	31

## LISTADO DE ABREVIATURAS

Art. (arts.): Artículo (artículos).

CC: Código Civil

CCCat.: Código Civil de Cataluña

CE.: Constitución Española

Cit.: Citado

Ed.: Edición

ISM.: Interés Superior del Menor

NNUU.: Naciones Unidas

Núm.: Número

P. (pp): Página (páginas)

SAP.: Sentencia de la Audiencia Provincial

SECC.: Sección

STS.: Sentencia Tribunal Supremo

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

TS.: Tribunal Supremo

TSJA: Tribunal Superior de Justicia de Aragón

## I. INTRODUCCIÓN

Cuando tras una crisis matrimonial se produce la ruptura de la unidad familiar, decidir quién de los dos progenitores va a convivir con los hijos menores, así como encargarse de su cuidado diario, es una de las cuestiones más delicadas y de máxima importancia ya que estos tienden a ser los máximos perjudicados tras una ruptura conyugal.

Los padres son, en principio, los que poniéndose de acuerdo van a determinar el régimen de custodia más adecuado para sus hijos, decidiendo entre un régimen de custodia compartida entre ambos progenitores o por el contrario un régimen de custodia individual, en el que la guarda del menor la ostentará uno de los progenitores perteneciéndole al otro progenitor, al no custodio, un régimen de visitas.

En cambio son muchos los casos en los que no hay acuerdo entre los progenitores; por lo que, en estas circunstancias; la decisión queda en manos del Juez. Esta decisión va a ser adoptada predominando siempre el principio del interés superior del menor, adoptando una serie de medidas que ayuden al menor a seguir con una vida tranquila y evitando así que la ruptura de la unidad familiar le afecte en exceso.

A día de hoy se sigue otorgando la custodia a la madre de una forma mayoritaria aunque es cierto que poco a poco se está produciendo un progreso hacia el otorgamiento de la custodia compartida como un régimen común y normal y no de manera excepcional como sucedía anteriormente.

El presente trabajo tiene como finalidad el estudio de los diferentes regímenes de custodia, aunque acabaremos centrándonos más en el régimen de custodia compartida la cual como ya hemos mencionado ha sufrido durante el tiempo una progresiva evolución y sigue cambiante actualmente.

En primer lugar, explicaremos el concepto de guarda y custodia así como sus modalidades, dando una aproximación doctrinal de los dos principales tipos de custodia en España.

En segundo lugar estudiaremos en qué consiste el “interés superior del menor” y las ventajas e inconvenientes que presenta la custodia compartida para este ya que en estos procesos en los que el menor se ve inmerso en bruscos cambios, es indudable que pueda salir perjudicado.

En tercer lugar estudiaremos las cuestiones a tratar tras el establecimiento de la custodia compartida, como son quién se hace cargo de los gastos de los hijos, a qué progenitor se le atribuye la vivienda familiar, cada cuanto tiempo se alterna la estancia con el menor, es decir, los tiempos de custodia, así como lo que sucede cuando uno de los progenitores decide cambiar de ciudad.

Y finalmente haremos una breve referencia a la regulación de la custodia compartida en la comunidad autónoma de Aragón, ya que al tener competencia legislativa en esta materia, resulta de aplicación el Código Foral de Aragón.

## II. GUARDA Y CUSTODIA DEL MENOR

### 1. CONCEPTO

La guarda y custodia del menor es una institución jurídica que deriva de la patria potestad. Por lo que para poder definir la guarda y custodia debemos hacer referencia previamente a esta institución. La patria potestad podemos definirla como “*el conjunto de deberes, atribuciones y derechos que los progenitores ostentan respecto de los hijos que, por ser menores de edad, se encuentran de forma natural bajo la guarda, protección y custodia de sus padres*”<sup>1</sup>

Si partimos del artículo 154 CC nos damos cuenta de que entre los deberes y facultades que comprende la patria potestad como responsabilidad parental se encuentran, entre otros, los de “velar por ellos” y “tenerlos en su compañía”. Son estos deberes los que relacionamos con la guarda y custodia de los hijos y los que en situaciones de convivencia familiar desempeñarían ambos progenitores de manera conjunta.

El problema llega cuando se produce la ruptura de la unidad familiar ya que esto conlleva el cese de la convivencia de los progenitores y con ello deviene imposible que los hijos menores permanezcan con ambos, por lo que con la separación de los progenitores también se separa la patria potestad de la guarda y custodia. Llegados a este punto, la guarda y custodia se configura como un concepto independiente de la patria potestad dada la falta de convivencia de los menores con sus progenitores. Sin embargo, así como el ejercicio y la titularidad de la patria potestad puede permanecer en ambos progenitores aun cuando se produce una ruptura matrimonial, la guarda podrá ser atribuida a uno de los progenitores o por el contrario se le podrá conceder a ambos de forma alterna si así lo solicita al menos una de las partes.<sup>2</sup>

En conclusión, podríamos definir la guarda como la situación de convivencia que se da entre el menor y el progenitor encargado de su custodia, ya sea de forma permanente o alterna, y que tiene por objeto el cuidado, formación y educación del hijo.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> LASARTE, C.; “*Principios de Derecho Civil tomo VI: Derecho de Familia*”, 19ª Ed., Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 347

<sup>2</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P. Y PÉREZ ÁLVAREZ; M.A. “*Derecho de familia*”, 6ª Ed., Edisofer, Madrid, 2021, p. 201.

<sup>3</sup> RAGEL SÁNCHEZ, LF., “La guarda y custodia de los hijos” en *Revista de Derecho Privado y Constitución*, Dialnet, núm 15, 2001, p. 289

## 2. MODALIDADES

Tal y como hemos mencionado anteriormente, la guarda y custodia puede atribuirse o bien a uno de los progenitores, por lo que estaríamos ante la llamada custodia individual o por el contrario puede ser atribuida a ambos alternativamente, lo que sería la custodia compartida.

### 2.1 GUARDA Y CUSTODIA INDIVIDUAL O EXCLUSIVA

La guarda y custodia individual o exclusiva es aquella en la que la convivencia con el menor es atribuida exclusivamente a uno de los progenitores estableciendo en favor del otro progenitor el correspondiente derecho de visitas reconocido en el art. 160 CC y más concretado en el artículo 94 CC. Este derecho de visita no solo compete al progenitor sino también a los abuelos, hermanos y parientes allegados del menor.

Tras la entrada en vigor de Ley 8/2021 de 2 de junio<sup>4</sup>, a este supuesto tradicional de derecho de visitas entre los padres y sus hijos menores se ha añadido también el derecho de visitas al caso de los hijos mayores o emancipados que estén afectados por una discapacidad y que precisen de apoyo.

Esta modalidad de custodia es la que el menor reside con uno de sus progenitores “le coloca en una situación de preeminencia frente al progenitor no guardador” ya que éste solo tiene derecho a relacionarse con ellos conforme a lo que se haya dispuesto en la resolución judicial.<sup>5</sup>

En el caso en el que la custodia compartida no sea solicitada por ninguno de los progenitores el juez se inclinará por este tipo de régimen velando siempre por el interés del menor.

Tradicionalmente este tipo de custodia ha sido la más aplicada. Aunque puede ser atribuida tanto a la madre como al padre indiscrecionadamente, sigue existiendo una gran tendencia a atribuírsela a la madre y con más frecuencia si se trata de hijos de edad infantil.

---

<sup>4</sup> Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. (BOE núm. 132, de 3 de julio de 2021 y entró en vigor el 3 de septiembre de 2021)

<sup>5</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “La custodia compartida alternativa” en *Revista para el Análisis de derecho*, *InDret*, nº2, 2008, p.8.

## 2.2 GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA O ALTERNA

En esta modalidad de guarda y custodia la convivencia con el menor así como el cargo y cuidado personal de éste es ejercido por ambos progenitores por períodos de tiempo similares.

Según MARTÍNEZ CALVO, puede describirse como un régimen de guarda y custodia caracterizada porque se alternan ambos progenitores en el desempeño de las funciones de cuidado inherentes al menor, compartiendo derechos y obligaciones respecto a sus hijos.<sup>6</sup>

Este sistema puede establecerse o bien porque los progenitores lo acuerden en el trascurso del procedimiento o bien porque así lo soliciten. En el caso de que no medie la petición de al menos uno de ellos, el Juez en ningún caso podrá acordar la custodia compartida de oficio.<sup>7</sup>

La guarda y custodia compartida es el régimen más equitativo para los progenitores e incluso el Comité de Ministros del Consejo de Europa de 4 de febrero 1986 propuso que todos los países miembros adoptasen esta fórmula ya que posibilita que los hijos menores puedan seguir disfrutando de ambos progenitores de manera igualitaria.<sup>8</sup>

La posibilidad de establecer este tipo de régimen fue introducido por primera vez en nuestro ordenamiento por la Ley 15/2005<sup>9</sup>. Antes de que entrase en vigor dicha ley, la custodia compartida no estaba prohibida pero era prácticamente inusual, tanto su solicitud por parte de los progenitores como su establecimiento por parte del Juez.

Inicialmente esta reforma no supuso una gran variación con respecto a las decisiones judiciales relativas a la guarda y custodia de los hijos las cuales seguían caracterizándose por el establecimiento de la custodia individual. Sin embargo, a partir de 2009 se empieza a identificar un significativo aumento de las resoluciones judiciales que otorgan este tipo de custodia compartida.<sup>10</sup>

---

<sup>6</sup> MARTINEZ CALVO, J., *“La guarda y custodia”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

<sup>7</sup> STS, Sala de lo Civil, núm 400/2016, de 15 de junio de 2016 (ROJ: STS 2877/2016).

<sup>8</sup> RAGEL SÁNCHEZ, LF., *“La guarda y custodia ...”*, cit., p. 319

<sup>9</sup> Ley 15/2005, , por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005 y entró en vigor el 10 de julio de 2005)

<sup>10</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P. Y PÉREZ ÁLVAREZ; M.A. *“Derecho de familia...”* cit., p. 202.

Con el fin de determinar cuál de estos dos regímenes es el más idóneo para el menor, el Juez, tendrá que recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio y valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada y la relación que los padres mantengan entre sí con sus hijos.<sup>11</sup>

Aunque tal y como se recoge en varias sentencias del TS, este régimen de custodia no debe considerarse una medida excepcional si no normal ya que permite que se cumpla el derecho que los hijos tienen de relacionarse con ambos progenitores, considerándolo el sistema más adecuado para el menor.<sup>12</sup>

### 2.3 GUARDA Y CUSTODIA ATRIBUIDA A UN TERCERO

De manera excepcional, hay casos en los que la guarda y custodia del menor puede atribuirse a un familiar distinto de la madre o del padre, siempre y cuando así lo aconseje el interés superior del menor.<sup>13</sup>

Para esto se requiere que concurren una serie de motivos trascendentes como podría ser la falta de idoneidad de los progenitores para asumir todos los cuidados necesarios del menor, así como su imposibilidad para hacerlo.

Esta medida está prevista como una medida provisional pero podría llegar a ser definitiva por la aplicación del propio art. 103.1 CC en el que se recoge esta excepción de encomendar a los hijos menores a un pariente distinto de sus progenitores, o bien también por la aplicación del art. 158 CC el cual concede al juez la facultad de adoptar las medidas que estime convenientes para la defensa del interés superior del menor.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> Artículo 92.6 Código Civil

<sup>12</sup> STS, Sala de lo Civil, núm. 404/2012, de 18 de mayo de 2012 (ROJ: STS 1952/2012).

<sup>13</sup> STS, Sala de lo Civil, núm 492/2018, de 14 de septiembre de 2018 (ROJ: STS 3154/2018).

<sup>14</sup> MARTÍNEZ CALVO, J., “Atribución de la guarda del menor a un tercero distinto de los progenitores” en *Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº12, 2020, p.187.

### III. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO PRINCIPIO FUNDAMENTAL

#### 1. CONCEPTO Y CONSIDERACIONES GENERALES

A lo largo de la historia el Derecho de familia ha experimentado diversos cambios, entre ellos podemos destacar la introducción del principio del interés superior del menor (en adelante, ISM) en nuestro ordenamiento. Este se introdujo en forma de cláusula general con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero<sup>15</sup>. A partir de aquí, el eje principal del derecho de familia va a ser el menor.

Tal y como ha determinado el TC en alguna de sus sentencias, “*es uno de los elementos imperativos del derecho de familia*”.<sup>16</sup>

El interés del menor es un concepto impreciso y variable que cambia en función de su intérprete, del menor y de la evolución de las costumbres. Por lo que en estos casos es el Juez el que considerará a su juicio cuál es el beneficio del menor en cada caso y decidirá respecto a esto, las medidas que se tomarán de ahí en adelante.<sup>17</sup>

Aun siendo un principio con gran regulación normativa, hoy en día el ISM es un concepto general que no puede ser definido con exactitud ya que se engloba dentro de una cláusula general y sólo podrá ser concretado cuando se aplique a un caso determinado. En términos generales de lo que trata es de garantizar en todos los casos el bienestar del menor y todo lo que ello acarrea, es decir; su desarrollo personal, el respeto a sus derechos fundamentales y un entorno familiar adecuado.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> 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 y entró en vigor el 16 de febrero de 1996).

<sup>16</sup> STC, Sala Segunda, núm. 4/2001 de 15 de enero de 2001. (BOE núm. 41, de 16 de febrero de 2001)

<sup>17</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Criterios de atribución de la custodia compartida” *en Revista para el Análisis del Derecho*, InDret, nº3, 2010, p.9

<sup>18</sup> DE TORRES PEREA, JM., “Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social” *en Revista para el Análisis del Derecho*, InDret, nº4, 2011, p.8

Sin embargo, algunos autores se han atrevido a definirlo. Según ZERMATTEN, “el interés superior del niño es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social”. Además dice que las entidades, tanto públicas como privadas, tienen que asegurarse de que este interés sea aplicado al niño en todas las decisiones en las que éste se encuentre inmerso<sup>19</sup>.

Este principio se aplica de forma prevalente ante cualquier otro interés. Por tanto cuando se produzca un conflicto entre intereses individuales prevalecerá siempre el del menor debido a su supremacía recogida legalmente tanto en la Convención de las NNUU sobre los Derechos del Niño, como en la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, como en la propia CE.<sup>20</sup>

El interés del menor debe ir encaminado a su bienestar y felicidad. Esto, tal y como dice RIVERO; supone decidir entre lo que le afecta de forma directa, para protegerlo y evitar que salga perjudicado.<sup>21</sup>

## 2. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LA ATRIBUCIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

Como ya hemos señalado anteriormente, establecer el régimen de guarda y custodia de los hijos tras la ruptura conyugal es una de las cuestiones fundamentales y de mayor complejidad. En estos casos hay que atender siempre a las necesidades de los menores.

El interés del menor ha sido considerado por la doctrina como uno de los principios fundamentales que regulan la guarda y custodia. Por lo tanto, las decisiones en relación con el menor irán siempre dirigidas a su bienestar.

---

<sup>19</sup> ZERMATTEN, J., “*El Interés Superior del Niño; del Análisis Literal al Alcance Filosófico*”, Instiut international des droits de l’enfant, 2003, p.15

<sup>20</sup> Art.3 de la Convención de la ONU de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño (ratificada por España el 30 de noviembre de 1990), art. 2 LO 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (modificado por la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de Julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia) y art. 39 de la Constitución Española.

<sup>21</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F., “*El Interés del Menor*”, 2º Ed., Dykinson, Madrid, 2007, p.139

Dicho esto, a la hora de establecer un régimen de custodia, lo principal es priorizar los intereses de los menores y dejar de lado los de sus progenitores, intentando así que la vida de los hijos tras la ruptura de la unidad familiar de convivencia se altere lo mínimo posible.

La jurisprudencia no tiene señalada una línea que delimite el contenido del ISM para cada caso, lo que sí tiene establecido el TC es que en todo caso hay que tener en consideración el interés superior del niño como un criterio preferente a la hora de elegir el progenitor que se va a encargar de su guarda y custodia.<sup>22</sup>

Para fijar el régimen de guarda y custodia, a diferencia de lo que ocurre en otros países, el Código español no contiene expresamente una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso las circunstancias que debe tener en cuenta para justificar el interés del menor y establecer un régimen de custodia u otro. Sin embargo, tras el estudio de la jurisprudencia podemos llegar a la conclusión que se están fijando una serie de criterios para establecer este tipo de custodia como “la práctica de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales, los deseos manifestados por los menores competentes, el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores, el resultado de los informes exigidos legalmente, la ubicación de sus respectivos domicilios 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.”<sup>23</sup>

Una vez valorados todos los presupuestos legales, si ambos progenitores pueden desempeñar la guarda y cuidado de sus hijos, será cuando se decida qué modelo de custodia es el más respetuoso con el principio del interés del menor. La ponderación de estos criterios será decisivo para que el Juez adopte un régimen de custodia u otro.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> ROCHA ESPÍNDOLA, M., “La persona del menor, su interés superior, su autonomía y el libre desarrollo de su personalidad” en *Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº2, 2015, p.57

<sup>23</sup> STS, Sala de lo Civil, núm 257/2013, de 29 de abril de 2013 (ROJ: STS 2246/2013).

<sup>24</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Criterios de atribución...” cit., p.9

Este tipo de régimen se les presenta a los progenitores como una opción que les permite a ambos poder seguir cumpliendo sus deberes como padres así como tenerlos en su compañía el mayor tiempo posible. Por esto, el Tribunal Supremo se ha decantado en varias ocasiones por el establecimiento de este tipo de régimen de custodia como el más favorable para el menor.

Cabe señalar también que, tal y como queda recogido en nuestro Código Civil y a lo que hemos hecho referencia en alguna ocasión, para que se adopte la custodia compartida, esta tiene que ser solicitada al menos por una de las partes, lo que no se ha dicho es que tal y como ha sucedido en alguna sentencia del TS, también puede ser establecida si así lo solicita el Ministerio Fiscal en interés del menor aunque ninguno de los progenitores la haya solicitado.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> STS Sala de lo Civil, núm. 437/2022, de 31 de mayo de 2022 (ROJ: STS 2307/2022).

#### IV. VENTAJAS E INCONVENIENTES PARA EL MENOR SUJETO AL RÉGIMEN DE CUSTODIA COMPARTIDA

Como ya hemos mencionado en alguna ocasión, tras una ruptura conyugal los mayores afectados son los hijos, ya que en gran medida su vida se ve alterada.

Tras esto, la custodia compartida se presenta como un mecanismo que permite al hijo poder seguir disfrutando de ambos progenitores por periodos similares y evitando que la vida del menor se vea muy afectada.

##### 1. VENTAJAS DEL RÉGIMEN DE CUSTODIA COMPARTIDA

En primer lugar, mediante este régimen podemos garantizar el cumplimiento del art. 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño el cual establece el derecho del niño a mantener el contacto con ambos progenitores. Dicho esto, se debe procurar que de manera regular los menores mantengan un contacto directo con ambos progenitores, asemejándolo lo máximo posible a la relación que tenían antes de la ruptura de la unidad familiar; siempre y cuando esto no sea contrario al interés del menor.

Los menores sujetos al régimen de custodia compartida gozan de un contacto estrecho con ambos progenitores, estando estos en un plano de igualdad; ventaja la cual no sucede en el caso de estar sujeto a un régimen de custodia exclusiva ya que quien ostenta mayormente en estos casos el cuidado y la educación del hijo es únicamente un progenitor, quedando el otro sujeto a un régimen de visitas. De este modo, la custodia compartida es el modelo que más se asemeja a la forma de convivencia de la que disfrutaba el menor antes de la ruptura matrimonial de sus progenitores, siendo así menos traumático para el hijo.

Este régimen no solo es favorable para la relación del menor con sus padres, sino también para la relación afectiva con su familia extensa, ya que en el caso de estar sujeto a un régimen de custodia exclusiva el progenitor no custodio dispone de tiempos limitados en compañía del menor por lo que esto también afecta a la relación de los abuelos con sus nietos.

En este contexto es donde surge la necesidad de implementar medios para que, aun en casos de crisis familiares, la relación entre abuelos y nietos no se vea afectada. El cambio se produjo con la Ley 42/2003, de 21 de noviembre.<sup>26</sup>

Con esta ley se buscó darle una mayor importancia a las relaciones entre abuelos y nietos dado que los abuelos “desempeñan un papel fundamental de cohesión y transmisión de valores en la familia” y esto puede verse afectado en las situaciones de crisis matrimoniales. Además, los abuelos “disponen de una autoridad moral y de una distancia con respecto a los problemas de la pareja que puede ayudar a los nietos a racionalizar situaciones de conflicto familiar, favoreciendo en este sentido su estabilidad y su desarrollo.”<sup>27</sup>

En segundo lugar, tal y como se recoge en la SAP Barcelona de 20 de febrero<sup>28</sup>, este régimen de custodia evita determinados sentimientos negativos en los menores como son el miedo al abandono, el sentimiento de culpa o el sentimiento de negación, y además fomenta una actitud más receptiva por parte de los hijos hacia la separación de sus padres, lo que permite que se eviten situaciones de manipulación por parte de los progenitores hacia los hijos así como una mayor aceptación por parte de los menores al nuevo modo de vida en el que están inmersos tras la ruptura de la unidad familiar.

En tercer lugar, de este modo, los padres tienen la posibilidad de ejercer sus derechos y obligaciones como padres y de participar en igualdad de condiciones en el cuidado y educación de sus hijos eliminando así el sentimiento de “pérdida del hijo” que tiene el progenitor no custodio cuando no se le atribuye la custodia y solo dispone de un régimen de visitas a veces insuficiente.<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos. (BOE núm. 280, de 22 de noviembre de 2003 y entró en vigor el 23 de noviembre de 2003).

<sup>27</sup> CHAPARRO MATAMOROS, P., “El derecho de relación personal de los abuelos con los nietos. Reflexiones al hilo de la STS núm 723/2013, de 14 de noviembre” en *Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº3, 2015, p. 201

<sup>28</sup> SAP Barcelona núm 102/2007, de 20 de febrero de 2007, (Secc. 18ª). (ROJ: STS 1226/2021).

<sup>29</sup> STS, Sala de lo Civil, núm. 175/2021, de 29 de marzo de 2021 (ROJ: SAP B 1/2007).

Por otro lado, este régimen favorece a la hora de crear un modelo educativo y de conducta para el menor, sin que haya distinciones por estar con la madre o con el padre, y a la hora de adoptar acuerdos que atañen a este ya que el cuidado y la educación del hijo son una obligación de ambos progenitores de manera igualitaria y estos deben cooperar para ello.<sup>30</sup>

En último lugar, con este régimen se evitan manipulaciones por parte de los progenitores así como el denominado “síndrome de alienación parental”. Este se caracteriza por el cambio de comportamiento del menor con uno de sus progenitores, generalmente con el progenitor no custodio y que viene influenciado por el progenitor conviviente. Es el resultado de un proceso en el que el progenitor que dispone de la custodia del menor transforma la conciencia de sus hijos con el fin de obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor hasta hacerla contraria a lo que se podría esperar de una relación paterno filial normal. Esto conlleva a que en muchas ocasiones el menor llega a romper el contacto con el progenitor no custodio debido a la campaña de desprestigio que es llevada a cabo por el progenitor conviviente.<sup>31</sup>

Aunque el régimen de custodia compartida se siga teniendo como un régimen especial, podemos encontrar algunos casos en los que el juez, incluso antes de que se introdujese expresamente en nuestro CC, ha establecido dicho régimen de guarda y custodia e incluso ha reconocido sus significativas ventajas.<sup>32</sup>

En resumen, tal y como se refleja en nuestra jurisprudencia, las ventajas de la custodia compartida son evidentes ya que con ella los hijos siguen manteniendo una relación de afectividad continuada con ambos progenitores, les permite una mejor aceptación de la nueva situación familiar y además, de este modo, ambos progenitores están implicados en todos los aspectos relacionados con el desarrollo y el crecimiento del menor.

---

<sup>30</sup> STS, Sala de lo Civil, núm 338/2022, de 28 de abril de 2022 (ROJ: STS 1766/2022).

<sup>31</sup> AGUILAR CUENCA, JM., “*Síndrome de alienación parental*”, Síntesis, Madrid, 2013, p.14

<sup>32</sup> SAP Castellón núm 279/2003, de 14 de octubre de 2003, (Secc. 2ª). (ROJ: SAP CS 730/2003).

## 2. INCONVENIENTES DEL RÉGIMEN DE CUSTODIA COMPARTIDA

Así como encontramos múltiples ventajas en el establecimiento del régimen de custodia compartida, este también ha sido objeto de numerosas críticas debido, principalmente; a la inestabilidad que puede provocar en la vida del menor lo cual llevaría también consecuentemente a la vulneración del interés superior de este.

El principal inconveniente que encontramos en este régimen es la inestabilidad que supone en la vida del menor el tener que rotar periódicamente de domicilio así como los problemas de adaptación a los nuevos núcleos familiares que se pueden ir creando. Tras el establecimiento de este régimen el menor queda obligado a cambiar periódicamente de ambiente y de rutinas, lo que provoca que no tenga la estabilidad que necesita.

En este contexto es donde encontramos los denominados “niños lanzadera” ya que los progenitores usan a los hijos como un arma arrojada entre ellos, “lanzándolos” semanalmente de una casa a otra, todo esto como consecuencia de su mala relación, lo que termina provocando en el hijo una inestabilidad emocional.<sup>33</sup>

Aun encontrando algunos inconvenientes a este régimen de custodia, hay múltiples sentencias, tanto de las Audiencias como del Tribunal Supremo, en la que dicho régimen es considerado la medida más favorable para garantizar el interés del menor y la más adecuada para un completo desarrollo tanto emocional como afectivo del hijo.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> GARCÍA GOMEZ, V., “Estudio sobre la custodia compartida” en *Revista Jurídica de Estudiantes de la Universidad de Córdoba*, nº1, 2016, p.15

<sup>34</sup> SAP Madrid núm 236/2022, de 16 de marzo de 2022, (Secc. 24ª). (ROJ: SAP M 4598/2022).

## V. CUESTIONES A TRATAR TRAS EL ESTABLECIMIENTO DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

Cuando finalmente el tribunal decide establecer la custodia compartida debe hacer referencia también a múltiples cuestiones que son de especial importancia en la práctica como es el establecimiento de una pensión alimenticia, en el caso que sea necesaria, los gastos de los hijos, la atribución de la vivienda familiar, los tiempos de custodia, si va a existir derecho de visitas, así como el qué ocurre cuando uno de los progenitores decide, por distintos motivos, cambiar de ciudad.

### 1. GASTOS DE LOS HIJOS Y PENSIÓN ALIMENTICIA

Al igual que ocurre con algunas otras cuestiones, el establecimiento de la pensión alimenticia en los casos de custodia compartida es un tema del que derivan múltiples discrepancias entre los tribunales.

En un principio, cuando la custodia es individual es evidente que el progenitor no custodio debe abonar una cantidad significativa al progenitor encargado del cuidado del menor para que sean ambos progenitores los que sustenten los gastos del hijo, pero el problema llega cuando la custodia es compartida ya que en estos casos ambos progenitores tienen en su compañía al menor, por lo que ambos progenitores se hacen cargo de su mantenimiento durante el periodo en el que tienen al hijo en su compañía.

Lo habitual en estos casos es que cada progenitor se haga cargo de satisfacer los gastos del hijo cuando él conviva con ellos, sin la obligación de establecer una pensión de alimentos, sin embargo, hay en casos en los que la descompensación económica ente ambos progenitores hace que, aun estando el menor bajo el régimen de custodia compartida, el progenitor con mayor nivel económico debe abonar una pensión de alimentos a favor del hijo.<sup>35</sup>

---

<sup>35</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>º</sup>C Y SOLÉ RESINA, J; “*Custodia compartida. Derechos de los hijos y los padres*”, 1<sup>ª</sup> Ed, Thomson Reuters, 2015.

Debido a que nuestro ordenamiento no regula nada al respecto, nuestros tribunales se basan en el art. 146 CC en el que se establece que la cuantía de los alimentos será proporcional al caudal económico de la persona que los da. Por lo tanto, el que se adopte un régimen de custodia compartida, como hemos visto, no exime del establecimiento de una pensión alimenticia y será el juez quien determinará la proporción en que cada progenitor deberá contribuir.<sup>36</sup>

De igual forma ocurre con los gastos ordinarios, que son los derivados del colegio, comedor escolar, libros, actividades, es decir, los que pueden ser cuantificados a priori. Estos gastos también suelen ser satisfechos al 50% por cada progenitor, siempre y cuando no haya desequilibrio económico entre ambos progenitores. Este reparto igualitario se debe a que se entiende que el régimen de custodia compartida conlleva el reparto igualitario de tiempo, por lo tanto en relación con los gastos se debe seguir la misma regla.<sup>37</sup>

Potro lado están los gastos extraordinarios, aquí podríamos entender viajes, ortodoncia, excursiones, gastos médicos que no estén cubiertos por la seguridad social..., es decir, podríamos entenderlos como aquellos gastos que no pueden cuantificarse a priori ya que no son periódicos y pueden variar. En estos casos, el tribunal suele optar por que se hagan cargo ambos progenitores a la mitad, siempre y cuando, al igual que ocurre con los gastos ordinarios, no haya desequilibrio económico entre ambos progenitores.

La diferencia entre los gastos ordinarios y extraordinarios la encontramos en que, en este tipo de gastos extraordinarios, los progenitores deberán notificarse previamente el hecho del que deriva el gasto y su importe para así poder ser aprobado por ambos.

Si en un plazo de ocho días naturales no se produce una contestación con respecto a la conformidad o disconformidad de dicho gasto, este se entenderá como aprobado y ambos progenitores se harán cargo por la mitad. Sin embargo, si por el contrario no se llega a un acuerdo entre los progenitores o no hay una resolución judicial que ampare dicho gasto, este será a cargo de quien haya decidido la actividad o el hecho que lo genere.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> Art. 93 CC

<sup>37</sup> SAP Valladolid, Sala de lo Civil, núm. 124/2022, de 11 de abril de 2022. (ROJ: SAP VA 484/2022).

<sup>38</sup> STS, Sala de lo Civil, núm. 435/2022, de 30 de mayo de 2022. (ROJ: STS 2178/2022).

Un claro ejemplo de esto lo encontramos en la SAP de León del 7 de abril de 2022<sup>39</sup>. En esta sentencia se establece la custodia compartida de los hijos pero debido a un desequilibrio económico entre ambos progenitores el tribunal fija una pensión de alimentos la cual deberá pagar el padre debido a su alto nivel económico. Lo mismo ocurre con los gastos ordinarios y extraordinarios, los cuales no van a ser cubiertos al 50% por cada progenitor si no que se establece que el padre se hará cargo del 70% mientras que la madre tan solo del 30%.

Finalmente y para concluir, en cuanto a la forma de pago de los alimentos y de los gastos, el tribunal ha propuesto en algunas ocasiones que será práctico que se abra una cuenta bancaria administrada por ambos progenitores en la que se ingrese todo lo relativo a los gastos del menor.<sup>40</sup>

## 2. ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Tal y como se establece en el CC, si no hay acuerdo entre los progenitores, el juez atribuirá el domicilio familiar al progenitor que se quede en compañía de los hijos.<sup>41</sup> Este precepto como podemos comprobar está pensado para los casos en los que se establezca un régimen de custodia individual, ya que en la custodia compartida, ambos progenitores están en compañía de los hijos y conviven con ellos por periodos alternos. Por lo que el problema radica en determinar a quien se le atribuye el domicilio familiar cuando el régimen de custodia de los hijos es la compartida.

Podemos señalar tres posibles pronunciamientos que los tribunales pueden dar con respecto a la atribución de la vivienda familiar.<sup>42</sup> En primer lugar cabe la posibilidad de que los hijos permanezcan en la vivienda familiar siendo los padres los que se desplacen al domicilio cuando les toque estar con ellos.

---

<sup>39</sup> SAP León, Sala de lo Civil, núm. 103/2022, de 7 de abril de 2022. (ROJ: SAP LE 552/2022).

<sup>40</sup> PÉREZ CONESA, C.; *“La custodia compartida”*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, p.85.

<sup>41</sup> Art. 96.1 CC

<sup>42</sup> ESCUDERO BERZAL, B.; *“Custodia compartida: atribución vivienda familiar”* en *Revista Internacional de Trabajo Social y Ciencias Sociales*, nº.6, 2013, p. 52

En la práctica esta solución no es muy común, y se ha llevado a cabo en supuestos en los que, de mutuo acuerdo, así lo hayan querido los progenitores; aunque es cierto que hemos podido encontrar alguna sentencia en la que el tribunal ha optado por esta opción.<sup>43</sup>

En segundo lugar, y la opción más elegida por los tribunales, es atribuir la vivienda a uno de los progenitores siendo los hijos los que cambien de domicilio.<sup>44</sup>

El juez, a la hora de decir a quien le va a atribuir la vivienda familiar, tendrá que valorar no solo el interés del menor, sino que tendrá que tener en cuenta las circunstancias de cada caso concreto, así como la capacidad económica de cada progenitor.<sup>45</sup>

Y la tercera y última posible solución es que el juez no asigne el domicilio a ninguno de los cónyuges, pudiendo de esta manera venderlo y obtener así unos recursos económicos para hacer frente a la compra o alquiler de un nuevo domicilio; de esta manera ninguno de los progenitores sabe ni beneficiado ni perjudicado.<sup>46</sup>

### 3. TIEMPOS DE CUSTODIA

Cuando se establece un régimen de custodia compartida, una de las cuestiones a las que debe hacer frente el juez es el periodo de tiempo que el menor va a pasar con cada progenitor.

El reparto de tiempo entre los progenitores no tiene que ser obligatoriamente igual, ya que esto también va a depender en gran parte de la disponibilidad de los progenitores, ya que puede darse el caso de que por motivos laborales no dispongan de un amplio horario para hacerse cargo del menor, por lo que puede darse el caso de que los periodos de tiempo en los que el menor está con cada progenitor no sean equitativos.<sup>47</sup>

Con carácter general, los tiempos de custodia no deberían estar muy desiguales ya que si así fuese estaríamos mas cerca de una custodia individual que de una compartida.

---

<sup>43</sup> SAP Granada, núm 200/2018, de 25 de mayo de 2018, (Secc. 2ª) (ROJ: SAP GR 688/2018).

<sup>44</sup> SAP Murcia, núm 387/2022, de 7 de abril de 2022, (Secc. 4ª) (ROJ: SAP MU 990/2022).

<sup>45</sup> IGLESIAS MARTIN, CR.; “La custodia compartida. Hacia una corresponsabilidad parental en plano de igualdad”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p.306.

<sup>46</sup> STS, Sala de lo Civil, núm. 215/2019, de 5 de abril de 2019. (ROJ: STS 1363/2019).

<sup>47</sup> STS, Sala de lo Civil, núm. 630/2018, de 13 de noviembre de 2018. (ROJ: STS 3743/2018)

Las opciones que se pueden dar y que el tribunal opta por establecer son:

Por un lado reparto por semanas alternas<sup>48</sup>, esta es la opción idónea para los hijos y por la que más se decanta el tribunal ya es que de esta manera no pasa mucho tiempo entre la estancia con la madre y la estancia con el padre por lo que de este modo el menor no pierde el contacto con ninguno de los dos progenitores.

En estos casos también existe la posibilidad de que a mitad de semana el menor pase el día con el progenitor con el que no se encuentra en esa semana<sup>49</sup>. Esto lo tiene que dictaminar el juez y es lo que llamamos derecho de visitas.

Por otro lado reparto por quincenas o incluso meses, es cierto que esta opción no es muy recomendable para los hijos de corta edad ya que pasan mucho tiempo en compañía de un progenitor estando a la vez mucho tiempo sin ver al otro.

#### 4. CAMBIO DE DESTINO DE UNO DE LOS PROGENITORES

Es frecuente que por motivos laborales, familiares o económicos un progenitor quiera cambiar de lugar de residencia, es aquí cuando nos encontramos con un problema ya que si el menor está bajo la guarda y custodia compartida, este traslado dificulta, incluso hace imposible, que se siga manteniendo tal régimen de custodia.

El ejercicio conjunto de la patria potestad lleva consigo que las decisiones que deban adoptarse en relación con los hijos deberán ser de mutuo acuerdo entre los progenitores y nunca sin que medie acuerdo del otro. Es por esto que si uno de los progenitores quiere cambiar de ciudad, ambos tendrán que llegar a un acuerdo para regular esta nueva situación y procurando así que afecte lo menos posible al menor.<sup>50</sup>

Sin embargo en la práctica es muy difícil llegar a este acuerdo por lo que si no existe tal consentimiento habrá que acudir a un procedimiento judicial para solicitar la autorización de traslado al juez. En este proceso, el juez valorará los deseos de las partes y en todo caso el del hijo si este fuese mayor de 12 años.

---

<sup>48</sup> SAP Santander, núm 306/2022, de 13 de junio de 2022, (Secc. 2ª) (ROJ: SAP S 853/2022).

<sup>49</sup> STS, Sala de lo Civil, núm. 314/2022, de 20 de abril de 2022. (ROJ: STS 1562/2022).

<sup>50</sup> VALVERDE MARTÍNEZ, MJ.; “Reflexiones críticas y prácticas en torno al régimen jurídico del cambio nacional y transfronterizo del domicilio del menor de edad” en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº2, 2020, p. 801

En el caso de que el juez otorgase la autorización de cambio de domicilio de uno de los progenitores, esto conllevaría también la modificación de las medidas de guarda y custodia, ya que por ejemplo si ambos progenitores vivían en Sevilla y por motivos de trabajo la madre tiene que trasladarse a Madrid, esto imposibilita la opción de seguir con la guarda y custodia compartida. Además de establecer un nuevo régimen de custodia, que sería la individual, en la sentencia también se deberá fijar qué progenitor deberá hacerse cargo del coste de los desplazamientos para el cumplimiento del régimen de visitas que se establezca.

El Supremo ha venido considerando que a partir de 50km ya es recomendable el cambio de custodia, sin embargo, si fuese menos, no sería necesario el establecimiento de una custodia individual, pudiendo seguir con la compartida.<sup>51</sup>

Con respecto a esta cuestión problemática el Tribunal Supremo se ha pronunciado en su STS de 28 de enero de 2020<sup>52</sup> en la cual el juez cambia el régimen de custodia compartida que se había concedido en segunda instancia, ya que la distancia que había entre los nuevos domicilios de las progenitoras era de 400km, para establecer el régimen de custodia individual a favor una de las madres.

Por último, tal y como hemos hecho mención anteriormente, el juez también deberá fijar cómo y de qué manera se van a sufragar los gastos derivados de los desplazamientos para el cumplimiento del régimen de visitas que se establezca. En este caso es muy interesante la SAP de Valencia de 5 de julio de 2018<sup>53</sup> en la que se da una situación en la que el padre vive en Valencia mientras que el hijo vive con su madre en Alemania, por lo que el tribunal considera pertinente establecer un sistema por el cual la madre deberá remitir al padre con la antelación suficiente una propuesta de billetes de avión para los traslados entre Alemania y España, y tras el pago del 50% por el padre, ésta los comprará de forma inmediata. Es decir, en este caso, los gastos serán sufragados entre los dos progenitores.

---

<sup>51</sup> MUÑOZ RODRIGO, G.; “El cambio de domicilio de los progenitores: su incidencia en el régimen de custodia y visitas” en *Revista Boliviana de Derecho*, nº30, 2020, p.194

<sup>52</sup> STS, Sala de lo Civil, núm. 58/2020, de 28 de enero de 2020. (ROJ: STS 176/2020).

<sup>53</sup> SAP Valencia, núm 593/2018, de 5 de julio de 2018, (Secc. 10ª) (ROJ: SAP VA 3640/2018).

## VI. BREVE REFERENCIA A LA REGULACIÓN DEL RÉGIMEN DE CUSTODIA COMPARTIDA EN ARAGÓN

La legislación aragonesa ha sido la pionera en dar preferencia a la custodia compartida frente a la individual con la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres.<sup>54</sup>

Esta ley, al configurar como preferente la custodia compartida supuso un cambio en lo que venía siendo el modelo tradicional, el cual estaba caracterizado por la atribución de la custodia individual generalmente a la madre.

Con este cambio lo que se pretendía, tal y como se recoge en el apartado III del preámbulo, era favorecer los intereses de los hijos y promover además la igualdad entre los progenitores.

Esta ley fue refundida dentro 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.<sup>55</sup>

A la hora de establecer el sistema de custodia compartida, el criterio más utilizado por el TSJ de Aragón ha sido la preferencia legal que sus textos legales le daban a dicho régimen.<sup>56</sup>

Además de esto, tal y como queda recogido en el art. 80.2 CDFA, el Juez tiene también siempre en cuenta una serie de factores como son: la edad de los hijos, la opinión de los menores cuando tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años; el arraigo social y familiar de los hijos, la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos, las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores, la dedicación de cada progenitor al cuidado de los hijos durante el periodo de convivencia y cualquier otra circunstancia especialmente relevante para el régimen de convivencia.<sup>57</sup>

---

<sup>54</sup> Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres (BOE núm. 151, de 22 de junio de 2010 y entró en vigor el 22 de septiembre de 2010)

<sup>55</sup> 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 (BOE núm. 67, de 29 de marzo de 2011 y entró en vigor el 23 de abril de 2011)

<sup>56</sup> STSJ Aragón, Sala de lo Civil y Penal, núm. 6/2012, de 09 de febrero de 2012 (ROJ: STSJ AR 107/2012)

<sup>57</sup> LÓPEZ AZCONA, A.; *“Manual de Derecho Foral Aragonés”*, El Justicia de Aragón, 2020, pp.576-577

Esta preferencia legal cambió con la Ley 6/2019, de 21 de marzo, de modificación del Decreto Legislativo1/2011, 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.<sup>58</sup> Tras esta modificación se modifica el art. 80.2 CDFA, eliminando de su redacción la preferencia a la custodia compartida y equiparando ambos regímenes de custodia, siendo a partir de ahora el juez el que optará por una custodia compartida o por una individual dependiendo de los intereses del menor.

Aunque es cierto que el TSJA tiende hacia la custodia compartida en gran parte de sus sentencias, todavía sigue habiendo casos en los que considera que la custodia individual es la mejor opción para salvaguardar los intereses de los menores.<sup>59</sup>

El CDFA sigue estableciendo que la mera objeción a la custodia compartida por parte de alguno los progenitores que lo que pretenden es obtener la custodia individual, no será suficiente para considerar que el régimen de custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor.<sup>60</sup>

Finalmente, cabe destacar que se ha producido un cambio en la tendencia que seguía el TSJA a la hora de fijar los tiempos de estancia de los menores con sus progenitores. En sus primeras sentencias establecía una custodia compartida con periodos de alternancia largos (quincenal, mensual o incluso a veces semestral)<sup>61</sup>, sin embargo, a partir del 2016 empezó a establecer los periodos de alternancia de carácter semanal, incluso llegando a establecer un sistema de custodia compartida con visitas a mitad de semana a favor del progenitor no custodio<sup>62</sup>

---

<sup>58</sup> Ley 6/2019, de 21 de marzo, de modificación del Decreto Legislativo1/2011, 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. (BOE núm. 125, de 25 de mayo de 2019 y entró en vigor el 14 de junio de 2019).

<sup>59</sup> STSJ Aragón, Sala de lo Civil y Penal, núm. 1/2022, de 12 de enero de 2022, (ROJ: STSJ AR 5/2022)

<sup>60</sup> Art. 80.5 CDFA

<sup>61</sup> STSJ Aragón, Sala de lo Civil y Penal, núm. 39/2012, de 27 de noviembre de 2012, (ROJ: STSJ AR 1131/2012)

<sup>62</sup> STSJ Aragón, Sala de lo Civil y Penal, núm. 5/2018, de 15 de febrero de 2018, (ROJ: STSJ AR 190/2018)

## VII. CONCLUSIONES

Una vez realizado el estudio de los distintos regímenes de custodia tras la separación o el divorcio de los progenitores y habiendo profundizado más en el estudio de la custodia compartida, así como en sus ventajas e inconvenientes; podemos llegar a las siguientes conclusiones:

En primer lugar, cuando hay menores, el establecimiento del régimen de custodia es una de las principales cuestiones a tratar. Aunque se produzca una ruptura de la convivencia, la patria potestad, salvo casos excepcionales, va a seguir siendo ejercida por ambos progenitores, a diferencia de lo que ocurre con la guarda y custodia, la cual como ya hemos visto puede ser atribuida únicamente a uno de los progenitores de manera individual, por lo que el otro quedaría sujeto a un régimen de visitas; o por el contrario, ser ejercida por ambos progenitores, tras la adopción de un régimen de custodia compartida, en el que el menor conviviría con ambos padres en periodos alternos y equitativos.

Durante muchos años, nuestro ordenamiento jurídico optó por dar preferencia a la custodia individual, siendo esta atribuida en la mayoría de los casos a la madre, quedando el padre en una posición de desventaja correspondiéndole únicamente un derecho a visitas.

Sin embargo, el cambio llegó con la Ley 15/2005, de 8 de julio, cuando tras la reforma del Código Civil, en su art. 92.8 CC, el legislador introdujo la custodia compartida como un régimen excepcional. Dicho artículo 92 da preferencia al mutuo acuerdo entre los progenitores, es decir, que sean estos los que elijan el régimen de custodia que consideren más adecuado para el interés del menor. Sin embargo, en el caso en el que no sea posible un acuerdo entre ambos progenitores, cabe la opción de que esta sea solicitada por uno de los padres.

Esta regulación escasa y confusa hace que, en caso de desacuerdo, sean los tribunales los que a su juicio y valorando siempre el caso concreto, establezcan el régimen que consideren más apropiado. A la hora de determinar el régimen, el juez deberá tener en cuenta siempre el interés del menor y la voluntad de los hijos, siempre y cuando estos tengan suficiente juicio para ser oídos.

El interés del menor, es uno de los principios fundamentales que regulan la guarda y custodia y sobre el que se sustenta en gran medida la decisión de atribuir este régimen de custodia compartida. Este se introdujo en forma de cláusula general con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero. Desde entonces, el menor ha pasado a ser el eje principal del derecho de familia, por lo que todas las decisiones que se tomen en relación con el menor irán siempre dirigidas a su bienestar personal.

El régimen de custodia compartida tiene como objetivo que el menor pueda seguir teniendo la misma relación de afectividad con ambos progenitores de manera equitativa así como otorga a ambos padres los mismos derechos en relación con el cuidado de sus hijos, es decir, los sitúa en un plano de igualdad.

Este régimen de guarda y custodia presenta múltiples ventajas ya que favorece a la hora de crear un modelo educativo y de conducta para el menor, les permite una mejor aceptación de la nueva situación familiar o les permite seguir teniendo una relación continua con ambos progenitores por igual. Aunque del mismo modo, también presenta algún inconveniente como es la inestabilidad que a veces supone en la vida del menor el tener que rotar periódicamente de domicilio.

Tras el establecimiento de la custodia compartida surgen múltiples cuestiones que son de especial importancia en la práctica como es el establecimiento de una pensión alimenticia, en el caso que sea necesaria, la atribución de la vivienda familiar, los tiempos de custodia o si va a existir derecho de visitas, así como el qué ocurre cuando uno de los progenitores decide, por distintos motivos, cambiar de ciudad.

Ante estas cuestiones que se nos plantean el tribunal se ha pronunciado en múltiples ocasiones y con ello podemos llegar a la conclusión de que tanto el establecimiento de la pensión alimenticia como quién va a hacer frente a los gastos de los hijos, depende en gran medida del poder adquisitivo de los progenitores, intentando así que el reparto de gastos varíe dependiendo de los ingresos que se tengan.

En relación con la vivienda familiar, el tribunal no sigue ningún tipo de criterio, pudiendo optar por diversas opciones como son la venta de la vivienda familiar, la atribución de la misma a uno de los progenitores, o en caso excepcional, ya que es poco común en nuestra jurisprudencia, atribuir la vivienda al menor de tal forma que sean los progenitores los que se desplacen hasta el domicilio en el tiempo en el que les toque estar con el menor.

Finalmente, la última cuestión que nos hemos planteado es el qué ocurre cuando uno de los progenitores decide cambiar de ciudad, estando el menor bajo la guarda y custodia compartida. En estos casos, hay que proceder a una modificación de medidas en lo relativo a la custodia del menor ya que una excesiva distancia entre los domicilios de los progenitores imposibilita el seguir manteniendo dicho régimen.

Por último, he realizado un pequeño análisis de la regulación de la guarda y custodia en Aragón.

Nuestra Comunidad Autónoma, fue la primera en establecer la custodia compartida como un régimen preferente, al considerar el legislador que favorece al interés del menor así como a la igualdad entre los progenitores. Pero esto dejó de ser así tras la 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” con la que se modifica la redacción del art. 80.2 CDFFA eliminando tal preferencia y equiparando ambos regímenes de custodia, siendo a partir de ahora el juez el que optará por una custodia compartida o por una individual dependiendo de los intereses del menor.

Para concluir, y en mi opinión, la custodia compartida ha supuesto y supone a día de hoy un avance en la sociedad, ya que aquí el cuidado de los hijos deja de ser una tarea únicamente de la mujer y pasa a ser un deber de ambos. Al mismo tiempo que considero que, en general, y siempre salvaguardando el interés del menor, este tipo de régimen es el más adecuado para el hijo, ya que tras la ruptura de la unidad familiar, el compartir tiempo de manera igualitaria con ambos progenitores es lo más parecido a la situación familiar de convivencia que tenía anteriormente en su hogar, por lo que de esta manera evitamos que su vida se vea altamente afectada y ayudamos a que la situación, a veces traumática para los hijos, sea lo mas llevadera posible.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

### **LIBROS:**

AGUILAR CUENCA, JM., “*Síndrome de alienación parental*”, Síntesis, Madrid, 2013.

GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>ª</sup>C Y SOLÉ RESINA, J; “*Custodia compartida. Derechos de los hijos y los padres*”, 1<sup>ª</sup> Ed., Thomson Reuters, 2015.

IGLESIAS MARTIN, CR.; “*La custodia compartida. Hacia una corresponsabilidad parental en plano de igualdad*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019

LASARTE, C.; “*Principios de Derecho Civil tomo VI: Derecho de Familia*”, 19<sup>ª</sup> Ed., Marcial Pons, Madrid, 2021.

LÓPEZ AZCONA, A.; “*Manual de Derecho Foral Aragonés*”, El Justicia de Aragón, 2020, pp.576-577

MARTÍNEZ CALVO, J., “*La guarda y custodia*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P. Y PÉREZ ÁLVAREZ; M.A. “*Derecho de familia*”, 6<sup>ª</sup> Ed., Edisofer, Madrid, 2021.

PÉREZ CONESA, C.; “*La custodia compartida*”, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., “*El Interés del Menor*”, 2<sup>º</sup> Ed., Dykinson, Madrid, 2007.

ZERMATTEN, J., “*El Interés Superior del Niño; del Análisis Literal al Alcance Filosófico*”, Instiut international des droits de l’ enfant, 2003.

## **REVISTAS:**

CHAPARRO MATAMOROS, P., “El derecho de relación personal de los abuelos con los nietos. Reflexiones al hilo de la STS núm 723/2013, de 14 de noviembre” en *Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº3, 2015, p. 201.

DE TORRES PEREA, JM., “Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social” en *Revista para el Análisis del Derecho*, InDret, nº4, 2011.

ESCUADERO BERZAL,B.; “Custodia compartida: atribución vivienda familiar” en *Revista Internacional de Trabajo Social y Ciencias Sociales*, nº6, 2013.

GARCÍA GOMEZ, V., “Estudio sobre la custodia compartida” en *Revista Jurídica de Estudiantes de la Universidad de Córdoba*, nº1, 2016,.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Criterios de atribución de la custodia compartida” en *Revista para el Análisis del Derecho*, InDret, nº3, 2010.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “La custodia compartida alternativa” en *Revista para el Análisis de derecho*, InDret, nº2, 2008.

MARTÍNEZ CALVO, J., “Atribución de la guarda del menor a un tercero distinto de los progenitores” en *Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº12, 2020.

MUÑOZ RODRIGO, G.; “El cambio de domicilio de los progenitores: su incidencia en el régimen de custodia y visitas” en *Revista Boliviana de Derecho*, nº30, 2020.

RAGEL SÁNCHEZ, LF., “La guarda y custodia de los hijos” en *Revista de Derecho Privado y Constitución*, Dialnet, nº15, 2001.

ROCHA ESPÍNDOLA, M., “La persona del menor, su interés superior, su autonomía y el libre desarrollo de su personalidad” en *Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº2, 2015.

VALVERDE MARTÍNEZ, MJ.; “Reflexiones críticas y prácticas en torno al régimen jurídico del cambio nacional y transfronterizo del domicilio del menor de edad” en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº2, 2020.

## **LEGISLACIÓN:**

Constitución Española.

Convención de la ONU de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño.

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 (BOE núm. 67, de 29 de marzo de 2011 y entró en vigor el 23 de abril de 2011).

Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (BOE núm. 163, de 9 de Julio de 2005 y entró en vigor el 10 de Julio de 2005).

Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres (BOE núm. 151, de 22 de junio de 2010 y entró en vigor el 22 de septiembre de 2010).

Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos. (BOE núm. 280, de 22 de noviembre de 2003 y entró en vigor el 23 de noviembre de 2003).

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. (BOE núm. 125, de 25 de mayo de 2019 y entró en vigor el 14 de junio de 2019).

Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. (BOE núm. 132, de 3 de Julio de 2021 y entró en vigor el 3 de Septiembre de 2021).

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 y entró en vigor el 16 de febrero de 1996).

Ley Orgánica 8/2015 de 22 de Julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. (BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015 y entró en vigor el 12 de agosto de 2015).

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil..

#### **JURISPRUDENCIA:**

SAP Barcelona núm 102/2007, de 20 de febrero de 2007, (Secc. 18ª). (ROJ: SAP B 1/2007).

SAP Castellón núm 279/2003, de 14 de octubre de 2003, (Secc. 2ª). (ROJ: SAP CS 730/2003).

SAP Granada, núm 200/2018, de 25 de mayo de 2018, (Secc. 2ª) (ROJ: SAP GR 688/2018)

SAP León, Sala de lo Civil, núm. 103/2022, de 7 de abril de 2022. (ROJ: SAP LE 552/2022).

SAP Madrid núm 236/2022, de 16 de marzo de 2022, (Secc. 24ª). (ROJ: SAP M 4598/2022).

SAP Murcia, núm 387/2022, de 7 de abril de 2022, (Secc. 4ª) (ROJ: SAP MU 990/2022).

SAP Santander, núm 306/2022, de 13 de junio de 2022, (Secc. 2ª) (ROJ: SAP S 853/2022).

SAP Valencia, núm 593/2018, de 5 de julio de 2018, (Secc. 10ª) (ROJ: SAP VA 3640/2018).

SAP Valladolid, Sala de lo Civil, núm. 124/2022, de 11 de abril de 2022. (ROJ: SAP VA 484/2022).

STC, Sala Segunda, núm. 4/2001, de 15 de enero de 2001. (BOE núm. 41, de 16 de febrero de 2001).

STS Sala de lo Civil, núm. 437/2022, de 31 de mayo de 2022 (ROJ: STS 2307/2022).

STS, Sala de lo Civil, núm 257/2013, de 29 de abril de 2013 (ROJ: STS 2246/2013).

STS, Sala de lo Civil, núm 338/2022, de 28 de abril de 2022 (ROJ: STS 1766/2022).

STS, Sala de lo Civil, núm 400/2016, de 15 de junio de 2016 (ROJ: STS 2877/2016).

STS, Sala de lo Civil, núm 492/2018, de 14 de septiembre de 2018 (ROJ: STS 3154/2018).

STS, Sala de lo Civil, núm. 175/2021, de 29 de marzo de 2021 (ROJ: STS 1226/2021).

STS, Sala de lo Civil, núm. 215/2019, de 5 de abril de 2019. (ROJ: STS 1363/2019).

STS, Sala de lo Civil, núm. 314/2022, de 20 de abril de 2022. (ROJ: STS 1562/2022).

STS, Sala de lo Civil, núm. 404/2012, de 18 de mayo de 2022 (ROJ: STS 1952/2022).

STS, Sala de lo Civil, núm. 435/2022, de 30 de mayo de 2022. (ROJ: STS 2178/2022).

STS, Sala de lo Civil, núm. 58/2020, de 28 de enero de 2020. (ROJ: STS 176/2020).

STS, Sala de lo Civil, núm. 630/2018, de 13 de noviembre de 2018. (ROJ: STS 3743/2018).

STSJ Aragón, Sala de lo Civil y Penal, núm. 1/2022, de 12 de enero de 2022, (ROJ: STSJ AR 5/2022)

STSJ Aragón, Sala de lo Civil y Penal, núm. 39/2012, de 27 de noviembre de 2012, (ROJ: STSJ AR 1131/2012)

STSJ Aragón, Sala de lo Civil y Penal, núm. 5/2018, de 15 de febrero de 2018, (ROJ: STSJ AR 190/2018)

STSJ Aragón, Sala de lo Civil y Penal, núm. 6/2012, de 09 de febrero de 2012, (ROJ: STSJ AR 107/2012)