

LA CUSTODIA COMPARTIDA

1) INTRODUCCIÓN.

2) CONCEPTO.

3) LA JURISPRUDENCIA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES ANTERIOR A LA LEY 15/2.005 DE 8 DE JULIO

4) LA REFORMA DEL CODIGO CIVIL Y LA CUSTODIA COMPARTIDA

5) LA JURISPRUDENCIA POSTERIOR A LA LEY 15/2.005.

1) INTRODUCCIÓN.

La guarda de los hijos menores es una de las funciones inherentes a la patria potestad; en efecto, de acuerdo con el artículo 154 del Código Civil, la patria potestad comprende los siguientes deberes y facultades: "1º) Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral"; en las expresiones "velar por ellos, tenerlos en su compañía", se encierra el derecho-deber de la guarda y custodia, una de las proyecciones de la patria potestad, que comprende además las funciones del apartado segundo: "representarlos y administrar sus bienes".

Si en situaciones de convivencia de los progenitores la guarda se ejerce de forma conjunta por los padres, cuando se produce la crisis, el esquema clásico del Código Civil partía de atribuir a una sólo de los progenitores el ejercicio de la custodia, y ello, aunque se optara por la atribución a ambos del ejercicio de la patria potestad, cosa que por otro lado, podía no suceder; en efecto, tal es la solución legal que se desprendía de la anterior redacción del artículo 92 (párrafo cuarto): "podrá también acordarse, cuando así convenga a los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro, procurando no separar a los hermanos"; también resultaba, y resulta, del artículo 94 del Código Civil, que regula el denominado "régimen de visitas para el progenitor no custodio": "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.."

También del artículo 96: " 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"; y del artículo 103-1a, regulador de las medidas provisionales que cabe adoptar al admitir una demanda de nulidad, separación o divorcio: "determinar en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con los establecido en este Código y en particular la forma en que el cónyuge apartado de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo, y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía"; asimismo del artículo 159: "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". Se preveía por tanto la atribución de la custodia a uno de los progenitores, y el reconocimiento al "apartado de los hijos", calificado de "progenitor no custodio" de un régimen de comunicación; en la actualidad, tras la reforma del Código Civil por ley 15/2005 de 8 de julio ya no se habla del

"apartado de los hijos", sino, con expresión más suave, del "cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de 2 los hijos". Lo mismo resulta del artículo 90 A) del Código Civil, regulador del contenido del convenio regulador.

En realidad, esta distinción era y es hasta cierto punto artificiosa, pues también se puede considerar al llamado progenitor no custodio como ejerciente de la guarda en los periodos en los que el menor se encuentra con él, en la mayoría de los casos en los fines de semana alternos y en los periodos vacacionales, como prevé el artículo 139-3 del Código de Familia de Cataluña, publicado por la ley 9/1.998 de 15 de julio; en estos periodos la asistencia ordinaria a los hijos, el "velar por ellos" le corresponde al llamado "progenitor no custodio", con la misma intensidad que al "progenitor custodio"; hay que reconocer sin embargo que estas denominaciones convencionales tienen la ventaja de reflejar una realidad; que hay un progenitor al que le corresponde el ejercicio de la guarda con más asiduidad, y podemos decir, con carácter ordinario, al que le incumbe adoptar todos los comportamientos de ayuda a la prole que por su trascendencia no supongan el ejercicio de la patria potestad, que en la mayor parte de los casos se lleva a cabo conjuntamente con el otro progenitor; a este progenitor custodio, le corresponde también, por su condición de guardador, el uso de la vivienda conforme al artículo 96 del Código Civil, así como la administración de la pensión alimenticia que paga el no custodio; se entiende además que no debe pagar una pensión de alimentos, porque su contribución a la manutención de los hijos la cumple mediante la asistencia cotidiana que implica el ejercicio de la guarda.

2) CONCEPTO

Si este es el esquema clásico, en los últimos tiempos, al amparo de algunas corrientes psicológicas y de movimientos de defensa de los padres separados y divorciados, se ha abierto paso el concepto de custodia compartida o conjunta, que supone una igualación de los periodos de estancia de los menores con cada cónyuge, de modo que en este sistema no puede hablarse de "progenitor custodio" y "progenitor no custodio", pues los dos lo son en la misma medida; con cierta razón se ha dicho que no estamos aquí en rigor ante un supuesto de "custodia compartida", sino de "custodia sucesiva o alternativa", pues los progenitores no viven juntos, y no pueden en consecuencia compartir el cuidado cotidiano de los hijos' (a "guarda alternada semestralmente" se refiere la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 17 de septiembre de 1.992 AC 1992/1243 y a "residencia en régimen de alternancia" se refiere el Derecho francés)"

En efecto, los progenitores se alternan en la custodia de los hijos, por periodos que pueden ser de una semana, quince días, meses o periodos más largos; el acuerdo de los padres, o la situación de hecho, que se revela adecuada al interés de los hijos, pueden determinar la fijación de otra modalidad que implique la distribución equitativa de los tiempos entre los progenitores, como en el caso resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de noviembre de 2.005 en la que se atribuyó a la madre la estancia con los menores de lunes a miércoles, y al padre desde el miércoles a la salida del colegio hasta el viernes, y correspondieron a los dos por mitad los fines de semana y los periodos vacacionales; otro ejemplo de periodos de estancia más cortos lo encontramos en la sentencia de la Audiencia de Madrid de 17 de septiembre de 2.002, JUR 2003/27985. Puede que sean los hijos los que se desplacen y cambien de domicilio,

yendo al de cada uno de los progenitores, pero también puede establecerse que sean los padres los que ocupen alternativamente el domicilio de los hijos; la primera de las modalidades es la tenida en cuenta por la Instrucción 1/2.006, de 7 de marzo de la Fiscalía General del Estado sobre la custodia compartida y el empadronamiento de los menores (EDL 2.006/20839); para la efectividad de la segunda modalidad el grupo familiar deberá disponer de tres viviendas, y puede ser altamente desaconsejable cuando concurren otras circunstancias, como por ejemplo, que alguno de los progenitores conviva con otra persona; puede pactarse o establecerse que cada progenitor asuma la manutención de los hijos en los periodos en los que le corresponda tenerlos, o bien, que uno de ellos pague una pensión al otro en los periodos en que esté con el otro progenitor, lo que será indicado cuando un progenitor tenga una capacidad económica superior a la del otro (por ejemplo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de junio de 2.004, EDJ 2004/189629 o en la de la Audiencia Provincial de Valencia de 22 de abril de 1.999, AC 1999/4941); cabe también la apertura de una .-~ cuenta administrada por los progenitores en la que éstos hagan ingresos periódicos para atender los gastos pagaderos mediante domiciliación bancaria, como los de enseñanza, y que cada progenitor se haga cargo de los gastos de manutención ordinaria en los periodos en los que les corresponda la custodia (por ejemplo en la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 10 de abril de 2.003 AC 2003/846, y en la de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de febrero de 2.005)

3) LA JURISPRUDENCIA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES ANTERIOR A LA LEY 15/2.005 DE 8 DE JULIO.

Este sistema fue admitido en general por la jurisprudencia, aunque no tenía expresa consagración legal antes de la reforma del Código Civil en virtud de la ley 15/2005 de 8 de julio; hay que reconocer sin embargo que el sentido de la jurisprudencia ha sido claramente restrictivo, como se comprueba con un estudio de algunas 2 resoluciones judiciales: en la jurisprudencia anterior a la ley 15/2005 de 8 de julio se ponía de relieve, como fundamento para denegar la guarda compartida, lo que antes se ha señalado, es decir, que no tenía expreso reconocimiento legal: por ejemplo, la sentencia de la Audiencia de Madrid de 17 de febrero de 1998, AC 1998/4985, que la califica también de institución excepcional, la del mismo órgano judicial de 18 de noviembre de 2.004 EDJ 2004/228727 decía que es una modalidad "incompatible con nuestro ordenamiento jurídico" y también de la misma Audiencia, ya poco antes de la reforma legal, de 1 de junio de 2.005. En este mismo sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 10 de enero de 2.001, número 2/01 ha dicho que: Es criterio de esta Sala, salvo supuestos puntuales, que pudieran presentarse, que pudiesen aconsejarla, la no concesión a los padres en situaciones de separación o divorcio, de la guardia y custodia compartida de los hijos, criterio antedicho coincidente con el de la generalidad de las otras Audiencias Provinciales, cabiendo citar a título de ejemplo, la Sentencia de la A.P. de Madrid de 31 de octubre de 1.995, que considera: "Se plantea por la parte recurrente una solución de guarda compartida, medida que dentro del Derecho de Familia español podría calificarse de excepcional; tanto es así que el propio legislador, sin prohibirla expresamente, no ha contemplado tal posibilidad, y así el artículo 92 del Código Civil, concretamente en su párrafo tercero, alude a la

decisión que tomará el Juez acerca de cual de los progenitores tendrá a su cuidado los hijos menores, sin que esto sea óbice para que el ejercicio de la patria potestad sea compartida en orden a tomar decisiones de cierta transcendencia que, afectando a los hijos puedan adoptarse de común acuerdo, sin que el progenitor que no convive con los hijos se vea privado del conocimiento de aquellas, debiendo valorarse en igual medida sus opiniones que la de aquel que les tenga en su compañía.

Mas la guarda y custodia no tiene su contenido en la adopción de medidas de tanta transcendencia, sin que ello suponga restarle valor a tan importante función, sino que la misma se desenvuelve en un que hacer más cotidiano y doméstico, que sin lugar a dudas también contribuiría a la formación integral del hijo y que difícilmente podrían compartirse por quienes no viven juntos, lo que supondría de admitirse otra tesis, una invasión de la esfera privada de un progenitor en la del otro, o en otro caso un continuo peregrinaje de los hijos de un hogar al otro, siendo, entonces, más correctamente denominarla en este supuesto, custodia periódicamente alternativa". Asimismo argumenta la misma Audiencia en Sentencia de 23 de abril de 1.996 lo siguiente: "No encuentra, en consecuencia, esta Sala motivos de entidad jurídica suficiente que permitan amparar la pretensión revocatoria formulada, ni a declarar, en modo alguno, la vulneración, con el pronunciamiento impugnado, del artículo 14 de la Constitución Española, pues llevada la tesis del recurrente a sus últimas consecuencias la mayoría de las decisiones judiciales sobre guarda infringirían dicho principio constitucional, al ser inviables soluciones de guarda compartida ante la crisis convivencial de los progenitores, uno de los cuales, según se sostiene, siempre acabaría marginado, con independencia de su sexo; olvida, por ello, dicha parte que no es dicho precepto de la Constitución el que ha de prevalecer en la resolución de contiendas cual la que nos ocupa, sino el de protección de la prole que consagra el artículo 39 de dicho texto fundamental, en armonía con el citado artículo 92 del Código Civil, y 2º de la reciente Ley de Protección Jurídica del Menor, derecho que ha de superponerse a cualquier otro interés, aún perfectamente legítimo subyacente en la litis ". Consideramos, pues, haciendo nuestro todo lo anteriormente expuesto, que no procede acordar la custodia compartida interesada por la parte recurrente, sin que, asimismo, pueda ampliarse el régimen de visitas señalado al ser este ya muy amplio y no estimarse beneficioso para los hijos un régimen aún más amplio.

Otro argumento muy empleado es que al implicar esta modalidad el cambio de vivienda del menor, podía afectar a su necesaria estabilidad y tranquilidad, de modo que aparecerá sólo indicada en los casos en que los dos progenitores vivan en el mismo barrio o calle, de forma que el cambio de guarda no suponga una ruptura del menor con su entorno habitual, ni represente especiales incomodidades para su asistencia al colegio; se descarta en consecuencia el establecimiento de la guarda compartida en supuestos en los que los progenitores viven lejos el uno del otro; en esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 14 de julio de 2.003 AC 2003/1480, y de la misma Audiencia de 12 de septiembre de 2.005; aunque también se dice que el hecho de que los domicilios de los progenitores estén próximos no determina por sí solo la guarda compartida, sentencia de la A. P. de Córdoba de 16 de diciembre de 2.003 JUR 2004/20303; fue tomado en cuenta también este factor en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 177-03 de 2 de abril de 2.003 EDJ 2003/149611, en la que se dijo para denegar la custodia compartida en un supuesto en el que la progenitora custodia iba a fijar su residencia en el Reino Unido: por lo tanto, el Tribunal estima que lo más conveniente para el menor es la atribución de la guarda a su madre, con --. el

reconocimiento de un amplio régimen de visitas a su padre; esta conclusión lleva a descartar tanto la custodia paterna, como la guarda compartida; esta última figura, encuentra en el presente caso importantes dificultades para su aplicación satisfactoria: el apelante en su escrito de reconvención, al que se remite el suplico del recurso, insta este sistema con carácter subsidiario en relación con la atribución de la guarda al padre, y dice que debería tener lugar en el que ha sido residencia habitual de la familia en la calle de....., "en el modo determinado en el auto de medidas previas ampliando el fin de semana hasta el lunes por la mañana que mi representado lo llevaría al centro escolar y sin perjuicio del ejercicio conjunto por ambos progenitores de la patria potestad"; sin embargo, la demandante quiere volver a su país donde tiene intención de fijar su residencia; en estas condiciones, la fijación del sistema pretendido podría resultar una fuente de conflictos perjudicial para- el menor, cuando su interés exigiría una especial avenencia de los progenitores más apremiante en un sistema que parte de la equiparación absoluta de los tiempos de custodia para ambos; por ello, se estima preferible atribuir la custodia a la madre y reconocer amplios periodos de comunicación para el padre, lo que evitará la ruptura del contacto del menor con éste último, contacto paterno filial que se considera imprescindible para el adecuado desarrollo humano y social del niño, como esta Sala ha declarado con reiteración.

También se decía asimismo que este sistema de guarda exige además una especial avenencia y colaboración de los progenitores, por lo que, más que imponerse en una sentencia, esta modalidad de custodia debe ser fruto del acuerdo de los cónyuges plasmado en el convenio regulador. Consideraciones que reflejaban esta idea se hicieron en las sentencias de la Audiencia de Valencia 215-01 de 25 de abril y 242-01 de 11 de mayo, todas del 2.001, entre otras muchas. Vale la pena reproducir la primera de estas sentencias por su expresividad: En efecto, la custodia compartida que solicita la representación procesal del recurrente, no duda la Sala que pueda ser la razonable solución en los casos específicos en que ambos progenitores mantienen idénticas cualidades sobre la educación y formación de sus hijos, compartiendo ambos ocupaciones laborales y cuidado y atención sobre sus hijos, más dicha posibilidad se torna únicamente posible en aquellos casos en los que tras la ruptura los entonces cónyuges o mantienen el mismo domicilio o mantienen, en todo caso, cordialidad en sus relaciones o cuanto menos en todo aquello que atañe al cuidado y educación de sus hijos, y éstos tienen en su desarrollo evolutivo un grado de madurez suficiente que les permite considerar normal o cuanto menos un anal necesario, el compartir con ambos los periodos que razonablemente se fijen. Tampoco puede desconocer la Sala que el mantenimiento de ese régimen con progenitores que mantienen posiciones encontradas ha dado lugar, y esta Sala da prueba de ello en muchas de sus resoluciones, a grandes y graves conflictos en orden a ejecutar aquellos pronunciamientos colaterales al principal de compartir la custodia, tales como el modo de repartir los alimentos, el pago del colegio, la compra del vestuario o del material escolar, el régimen de visitas, los casos de enfermedad, ... según se encuentre en el periodo asignado a uno u otro progenitor. El riesgo de que esas situaciones de conflicto acrecentadas por la posición encontrada de los cónyuges, afecten emocionalmente al menor no compensa la satisfacción que a éste y sobretodo a ellos puede reportar el establecimiento de ese régimen, por lo que la Sala, que sólo conoce de aquellos supuestos en los que existe conflicto -no conoce de decisiones de mutuo acuerdo convenidas entre los cónyuges, por razones obvias- considera que el interés del menor, en estos casos de conflicto entre los cónyuges, se protege mejor mediante el establecimiento de una sola guarda y custodia, a atribuir a

uno sólo de los cónyuges, pues puede verse como una forma de mermar o alterar la necesaria estabilidad del menor.

En el supuesto de hecho objeto de la sentencia 242/01, la discrepancia de los progenitores alcanzaba a un aspecto tan básico como la alimentación y el tratamiento médico que debía dispensarse a su hijo, que padecía una grave dolencia, con lo que la diferencia de criterio atañía a un valor básico como es el de la salud. En ocasiones sin embargo, la Sala ha optado por mantener la guarda compartida pactada por los progenitores cuando ha funcionado, razonablemente bien, como en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 604/01, de 17 de diciembre, que, ratificó una custodia compartida por meses, aunque se constate que los progenitores han involucrado a los hijos en el conflicto familiar, que por tanto, se declara subsistente: la pretensión de la demandante no puede aceptarse, porque del informe realizado por el Equipo Psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia de Valencia se desprende que aunque el sistema de custodia compartida tiene inconvenientes cuando la situación entre los padres sigue siendo conflictiva, no existe una alternativa que claramente represente el interés de los menores; en efecto, el informe citado reconoce que los progenitores han involucrado a sus hijos en el conflicto y los han hecho partícipes de sus diferencias, pero también que ambos menores se sienten queridos y adecuadamente atendidos en los dos hogares, y manifiestan vinculación afectiva tanto hacia su padre como hacia su madre; por otro lado; tanto en el informe como en las apreciaciones que se contienen en los documentos de los folios 74 y 75, suscritos por los profesores de los niños, se observa que los dos han mejorado su rendimiento escolar desde que se encuentran en situación de custodia compartida; por todo ello, la Sala no considera adecuado al interés de los menores cambiar el sistema de guarda pactado por los progenitores.

En efecto, hay algunos casos en los que, como en el supuesto analizado, a pesar de que en la teoría el sistema de guarda compartida no es el más indicado, resulta que acaba por establecerse porque esa inidoneidad teórica no resiste el contraste con la realidad, puesta de relieve en un informe pericial psicológico o social, que recomienda continuar con el sistema porque ha dado buenos resultados.

En la sentencia, también de la Audiencia de Valencia, de 12 de enero de 2.004, número 9-04 se acordó la custodia compartida, por meses alternos, asumiendo cada progenitor la manutención con gastos extraordinarios por mitad, diciendo: Para determinar cuál sea el interés de la menor en el presente caso debe igualmente partirse del informe que elaboraron los miembros del equipo psicosocial adscritos a los Juzgados de Familia que ya en el que precedió al auto de medidas provisionales se inclinó por la custodia compartida —cual es de ver a la fundamentación del referido auto al folio 249 de las actuaciones- y que en el informe que obra unido al pleito principal objeto de la presente alzada, informa acerca de la conveniencia de mantener este sistema de guarda y custodia compartida en la medida en que no se puede determinar que sea pernicioso para la menor y resulta en el presente caso la alternativa mejor para la pequeña; de igual forma debe tenerse presente que conviene al interés de la menor —salvo casos excepcionales- permanecer con ambos progenitores en la forma más parecida a la que precedió a la ruptura cual se obtiene a través de la implicación por igual de ambos progenitores en su educación y desarrollo integral. Y finalmente tampoco se puede olvidar a la vista del apartado de observaciones de las calificaciones escolares de la pequeña, la mejora de su participación escolar -documento tres de los acompañados por la propia recurrente a su escrito de interposición del recurso-, de donde se deduce que

tras seis meses de custodia compartida a la que vienen referidas las calificaciones se dice que la niña vuelve a ser la del primer trimestre.

Por el contrario, la sentencia del mismo órgano judicial de 5 de mayo de 2.005, 274-05, desestimó la custodia compartida con el argumento de la falta de avenencia de los progenitores, pese a que podía interpretarse que el informe pericial la recomendaba; recogen este mismo argumento con diferencias de matiz las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de marzo de 2.004, EDJ 2004/13497, de la de Valencia de 19 de mayo de 2.004, 6 y 21 de abril de 2.005, y de Madrid de 28 de junio de 2.005; máxima expresión de la conflictividad existente será la existencia de una prohibición de acercamiento derivada de una condena por malos tratos, como sucedía en el caso resuelto por la ya citada sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 19 de mayo de 2.004, lo que desde luego desaconseja el sistema de guarda compartida.

Un buen compendio de los argumentos más frecuentemente tenidos en cuenta para acordar la custodia compartida lo encontramos en la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 28 de febrero de 2.001 AC/2001/1827

a) Que la niña ha venido asumiendo la guarda compartida sin traumas ni desequilibrios de ningún tipo.

b) Que dicho régimen ha sido valorado como de resultados positivos por el Equipo de Asesoramiento Técnico.

c) Que los resultados académicos y de desarrollo integral de A. no han acusado deterioro alguno, sino más bien al contrario, pueden calificarse buenos e incluso de excelentes.

d) Que -el hecho de tener ambos progenitores el domicilio en la misma localidad y en relativa proximidad, facilita los eventuales cambios domiciliarios y no afecta a las relaciones sociales de la menor (escolares, de amigas, actividades extraacadémicas, etc) que pueden seguir manteniéndose sin cambio alguno.

e) Que dispone en ambos domicilios de su propia habitación.

f) Que tanto el padre como la madre reúnen condiciones para asumir la guarda y custodia a satisfacción de la hija, y así lo han venido haciendo sin reproche alguno de esta.

g) Que los especialistas del Equipo de Asesoramiento Técnico, valoran la guarda y custodia compartida como la mejor opción actual para la hija, la cual, ante ellos, y en fecha bastante posterior a la de exploración judicial, manifiesta su deseo de mantener la compañía de los dos progenitores, aunque querría modificar la distribución del tiempo que comparte con cada uno, proponiendo el de una semana entera en cada domicilio para organizar mejor sus actividades.

4) LA REFORMA DEL CODIGO CIVIL Y LA CUSTODIA COMPARTIDA

La 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 ha introducido en la ley la referencia expresa a la custodia compartida; en efecto, el artículo 92-5 del Código Civil dice ahora que "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"; se regula en este apartado la fijación de un sistema de guarda compartida en un convenio regulador, por lo tanto, conforme al trámite consensual del artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o bien cuando los cónyuges lleguen a este acuerdo en el transcurso de un procedimiento contencioso; se prevé que el Juez razone su resolución; el sentido de esta previsión normativa no puede ser otro que el forzar al Juez a expresar la justificación de por qué el sistema de guarda compartida es el más adecuado a las circunstancias y al interés del menor o menores, lo que podrá constatar a través de las diligencias a las que se refiere el apartado sexto del artículo 92 del Código Civil, es decir, después de conocer el informe del Ministerio Fiscal, de 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 o 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; asimismo, podrá el Juez, conforme dice el apartado noveno, recabar de oficio o a instancia de parte, el 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; si de la valoración de estos elementos de convicción el Juez llega al convencimiento de que el sistema de guarda compartida propuesto no responde al interés del menor, no lo aprobará, y se abrirá el trámite del artículo 777-7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; hay que entender que la previsión del apartado sexto del artículo 92 del Código Civil se refiere tanto a los procesos de mutuo acuerdo como a los contenciosos, y en consecuencia, la comparecencia a la que alude este precepto puede ser la de las medidas previas, la de las coetáneas, la vista principal, cuando estemos en un juicio contencioso, y si de un procedimiento de mutuo acuerdo, esa comparecencia corresponderá al trámite del artículo 777, apartados 4 y 53. Hay que entender, que a pesar del tenor literal del artículo 92-5 que dice "se acordará", el régimen de la guarda y custodia compartida, el Juez puede no admitir dicho sistema cuando con las pruebas que se hayan practicado en el proceso de mutuo acuerdo, estime que no es el idóneo, atendidas las circunstancias.

Tampoco podrá el Juez aprobar la custodia compartida, conforme al artículo 92-7 del Código Civil, cuando cualquiera de los dos progenitores 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; por tanto, con independencia de si el inculpado es el padre o la madre, lo que conllevará, cuando de agresiones entre los progenitores se trate, en el primer caso la competencia del Juzgado de Violencia contra la Mujer para conocer de la causa penal y de la civil, si concurren los requisitos del artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y en el segundo del Juzgado de Instrucción, para el proceso penal, y el Juzgado de la Instancia o de Familia para el pleito civil. También se prevé

que el Juez rechace la custodia conjunta cuando advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica; ello le obligará además a poner en marcha el mecanismo para atribuir la competencia al Juzgado de Violencia contra la Mujer, si se dan los presupuestos para el conocimiento de la causa por este órgano (artículo 49 bis-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Debemos entender que la previsión de este apartado séptimo se refiere tanto al procedimiento consensual como al contencioso.

Si el apartado cinco del artículo 92 del Código Civil regula la fijación de un sistema de guarda compartida en el procedimiento consensual, o como consecuencia de un acuerdo en el transcurso de un procedimiento contencioso, el apartado octavo prevé el establecimiento de este sistema en la sentencia que se dicte en un procedimiento no consensual; se fijan para ello algunos requisitos, como son la instancia de una de las partes, el informe favorable del Ministerio Fiscal, y la apreciación de que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. Es mercedora de crítica esta regulación en cuanto exige, para el establecimiento de la guarda compartida, el informe favorable del Ministerio Fiscal, lo cual implica la atribución de funciones jurisdiccionales a esa institución, y en consecuencia, la infracción del artículo 117 de la Constitución, (en el mismo sentido, los Juristas de Familia); por otro lado, es digno de resaltar que al requerirse la petición de una de las partes se introduce, para conseguir una base mínimamente sólida para el sistema, una exigencia propia del principio dispositivo, ajena al Derecho Procesal aplicable a la materia familiar, o al menos a las cuestiones pertenecientes a este sector del ordenamiento jurídico en las que exista un interés público; en efecto, como dijo la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de enero de 2.001, RTC 2001/4 "la naturaleza de las funciones de tutela atribuidas a la jurisdicción en este ámbito impide trasladar miméticamente las exigencias de congruencia consustanciales a la función jurisdiccional stricto sensu (aquella que se traduce en un pronunciamiento motivado sobre pretensiones contrapuestas), pues el principio dispositivo, propio de la jurisdicción civil, queda atenuado y, paralelamente, los poderes del Juez se amplían al servicio de los intereses que han de ser tutelados"; precisamente esta sentencia desestimó el recurso de amparo interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 1 de septiembre de 1.997, que acordó un sistema de guarda compartida, no solicitado por el apelante en el recurso de apelación. Algunas sentencias anteriores a la reforma de julio de 2.005 ya habían declarado la no conveniencia de establecer la custodia compartida de oficio (sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de diciembre de 2.004 EDJ 2004/226824), aunque en algunas ocasiones se ha hecho (sentencia citada de la A.P. de Valencia de 1 de septiembre de 1.997, y otra de la misma Audiencia de 22 de abril de 1.999, AC/1999/4941).

El legislador no ha considerado oportuno modificar la regulación de la pensión de alimentos ni de la atribución de la vivienda para los supuestos en los que se acuerde un sistema de guarda conjunta; en relación al primer problema, como antes ya se ha apuntado, los cónyuges pueden o bien prever y el Juez decidir que cada uno de ellos se haga cargo de la manutención de los menores en los periodos en los que estén consigo, o bien que uno de ellos debe pagar al otro una cantidad en los periodos en los que estén los hijos con el otro (como sucede en los casos de guarda exclusiva), cuando el otro progenitor tenga menos recursos económicos; tampoco cabe descartar que en el convenio o en la sentencia contenciosa, se prevea la fijación de alimentos a cargo de los dos progenitores, con la misma o con distinta cuantía, lo que en la práctica conllevará a la compensación de estas cantidades por la cantidad concurrente. También será práctico que se pacte o se establezca una cuenta administrada por los dos progenitores, en la que

se hagan aportaciones para hacer frente a los gastos periódicos del menor (colegio, actividades extraescolares) y también a los gastos extraordinarios; En relación a la vivienda, los cónyuges podrán pactar y el Juez decidir, atribuir la vivienda familiar a uno de los cónyuges, aunque no tenga siempre la condición de progenitor custodio; deberá ser el cónyuge "más necesitado de protección", como dice el apartado tercero del artículo 96 del Código Civil, para cuando no existan hijos; esa será la justificación de la atribución del uso de la vivienda cuando no tenga a los menores, y cuando los tenga, además, ostentará el uso de la morada por su condición de cónyuge custodio. Los Juristas de Familia han propuesto que para estos casos se permita al Juez resolver lo procedente, tal como se prevé en el apartado segundo del artículo 96 en los casos en los que hay hijos con cada uno de los progenitores⁴.

5) LA JURISPRUDENCIA POSTERIOR A LA LEY 15/2.005 DE 8 DE JULIO.

En la sentencia de 22 de julio de 2.005, número 485-05, EDJ 2005/130163 (reseñada en Actualidad Civil, número 3-2.006) se estableció la guarda por meses alternos, aplicando ya el artículo 92 del Código Civil con su nueva redacción, y asumiendo cada progenitor el sustento en los periodos en los que tenga a los menores: en el caso, que hoy se somete al estudio y decisión de la Sala, no pueden desconocerse las conclusiones del informe pericial realizado por el Equipo Psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia de Valencia, que figura en los folios 182 y siguientes de las actuaciones; este informe concluyó que "si bien una custodia compartida, en un primer momento pueda crear dificultades a los menores, durante un tiempo de adaptación, en este caso concreto no consideramos que a medio y largo plazo se den consecuencias negativas para los mismos "; se constata también que ambos progenitores están capacitados para ostentar la guarda y custodia de sus hijos, y que tienen estilos educativos adecuados y similares; se comprueba también que los litigantes viven a poca distancia, el padre en Alcásser y la madre en Picassent, lo que facilitará que los hábitos y actividades cotidianas de los menores, entre las que destacan la asistencia al colegio, no experimenten cambios perturbadores; la Sala se inclina también por establecer el régimen de custodia compartida por considerarlo adecuado al interés de los menores, pues la similitud de los estilos educativos de los progenitores podrá paliar los inconvenientes derivados de la falta de comunicación fluida, que por otro lado son inherentes a toda crisis matrimonial contenciosa; se estima en consecuencia que dan las circunstancias necesarias, requeridas por el artículo 92 del Código Civil, redactado conforme a la reforma llevada cabo por ley 15/2.005 de 8 de julio, para el establecimiento de este sistema de guarda, incluido el informe favorable del Ministerio Fiscal, que ha pedido la confirmación de la sentencia (folio 284); tal como el propio informe pericial recomienda, se fija también un régimen de visitas amplio, que será para ambos progenitores, en los meses en los que los hijos estén con el otro, el reconocido para el padre en la sentencia de separación de 12 de mayo de 2.003, confirmando en este punto también la decisión del Juzgado.

En relación con la pensión de alimentos, de acuerdo con el artículo 93 en relación con el artículo 146 del Código Civil, se comprueba que no existen datos de los que se desprenda una menor capacidad económica de la actora en relación con la del demandado, pues los ingresos de éste son exiguos, en atención a las nóminas que

constan en las actuaciones de 524, 11 euros en los meses de enero y febrero de 2.00.5 (folio 221), aunque reconozca percibir hasta 800 euros al mes con sus trabajos adicionales, mientras que la demandante, que no cuantificó en la vista sus ingresos medios mensuales, es psicóloga de profesión y trabaja dando cursos que cobra con facturas, según dio en el acto del juicio; constan en la causa certificaciones dos entidades, para las que la actora ha prestado sus servicios, la "Fundación F. E." (folio 141), y la "Liga Española para la E. de la C. P. " (folio 230); refuerza esta apreciación de la relativa igualdad de los recursos económicos de ambos litigantes, la no fijación de pensión compensatoria en el convenio regulador de la separación, porque ésta no produjo desequilibrio económico (folio 14); en consecuencia, cada progenitor se hará cargo de la manutención de los menores en los periodos en los que estén consigo; procede por tanto, la desestimación también de este motivo de recurso.

También aplican el artículo 92-8 del Código Civil, con la nueva redacción tras la ley 15/2005 de 8 de julio, las sentencias de 18 de enero y 22 de febrero de 2.006, números 32-06 y 125-06 respectivamente, para no establecer la custodia compartida; en la primera sentencia se dijo: para decidir cuál es el sistema de guarda más adecuado al interés del menor, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, el informe realizado por la psicóloga designada por el Juzgado (folios 23 y siguientes), que pone condiciones a la adopción de un sistema de guarda compartida, cotizo son, que la relación entre los padres sea cordial y fluida y que, con carácter previo, "se lleven a cabo las sesiones de mediación familiar necesarias a fin de que por ambas partes se llegue a los acuerdos que propicien tanto la guarda compartida como el régimen de visitas más adecuado en bien de/interés del menor" (folio 244); no consta que se hayan cumplido ninguna de estas dos condiciones, y en consecuencia, no puede establecerse el régimen de custodia compartida pretendido por el recurrente, máxime, tras la marcha de la madre y el menor a la localidad de Abnóvar del Pinar (Cuenca); tampoco el informe del Ministerio Fiscal favorece el , establecimiento de la medida, teniendo en cuenta el artículo 92-8 del Código Civil, con la redacción dada por la ley 15/2.005 de 15 de julio, pues pide la confirmación de la sentencia. Por otro lado, el informe del "Gabinet Psicotécnic Municipal" de Torrent (folios 276 y siguientes) constata que el menor se ha adaptado a su situación familiar actual, es decir, la custodia materna y la comunicación con su padre y que en estos momentos "necesita que se mantengan de una manera sistemática todas las rutinas y normas "; por todo ello, procede mantener la decisión de/Juzgado sobre esta cuestión. En la segunda: Para determinar el régimen de custodia más adecuado al interés de los hijos, conforme a los artículos 92y 159 del Código Civil, debe tenerse en cuenta el informe pericial realizado por la psicóloga designada por el Juzgado que figura en los folios 147 y siguientes de las actuaciones, que fue ratificado en el acto de la vista; en él se constata una mayor proximidad afectiva de los menores hacia su padre, lo que se reafirma con el resultado de la exploración de la mayor de las dos hermanas (folio 209); a pesar de que, a tenor del informe, los menores manifiestan unas preferencias asimilables a una custodia compartida, no procede el establecimiento de este tipo de guarda habida cuenta de que no concurren los requisitos del artículo 928 del Código Civil, pues, en primer lugar no ha sido interesada por 'ninguno de los progenitores, que por cierto, mantienen unas relaciones bastante tensas; además los dictámenes del Ministerio Fiscal no han sido favorables a esta modalidad (folios 234y 308), y por último, no parece que sea la única forma de salvaguardar el interés de los hijos, pues la custodia paterna se perfila como idónea.

Por el contrario, en la sentencia de 1 de marzo de 2.006 (número 144-06), se estableció una custodia por meses alternos, con visitas para el otro progenitor y asumiendo cada uno de ellos la manutención del menor en los periodos correspondientes por aconsejarlo así los dos informes periciales, el que se emitió en la instancia, y el que se hizo en la apelación. También la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 30 de diciembre de 2.005 EDJ 2005/244362 declara el carácter restrictivo con que el nuevo artículo 92 del Código Civil regula la custodia compartida cuando no se recoge en un convenio regulador, lo que sirve de base jurídica para negar el sistema, junto con la voluntad en contrario de la menor concernida.

En la sentencia 333-08 de 26 de mayo de 2.008, la sección décima, revocando la sentencia de instancia, estableció un sistema de guarda compartida- no constan los periodos, pues hay una remisión a la recomendación del informe pericial-, con asignación de la vivienda a la madre, pues el padre ya tenía cubiertas las necesidades de alojamiento al haber arrendado una vivienda, y por su buena situación, que lleva a la Sala a imponerle el pago de una pensión de 250 euros al mes para su hija. En esta sentencia se dijo:

A nadie se le oculta que a través del sistema de custodia compartida se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de la relación de aquellos; siendo tal presencia similar a la familiar y que constituye el modelo de convivencia que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de pareja de sus padres, por lo que la ruptura es ameno traumática.

Asimismo, tampoco se puede discutir que a través de este sistema se pueden evitar sentimientos negativos de los menores, entre los que, por ejemplo, cabe mencionar el sentimiento de abandono, el de lealtad, incluso el sentimiento de culpa, de negación, y otros.

Pero es que, además, de esta forma se está garantizando a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, evitando, así el sentimiento de pérdida que, ineludiblemente, tiene el progenitor cuando se atribuye la custodia al otro progenitor y la desmotivación que se deriva cuando debe abandonarse no ya el domicilio conyugal sino el hijo que queda dentro, y que viene a ser; poco menos, que una persona a la que, con suerte, se verá cada 15 días durante breves horas, sin tiempo para ser partícipe de su crecimiento.

Pero tampoco cabe desconocer; sin embargo, los inconvenientes que puede acarrear la custodia compartida — y, sobretodo aún más, cuando uno de los progenitores es contrario a la misma-, como son la de adaptación a los nuevos núcleos familiares que se vayan creando, la posible inestabilidad de los menores por los cambios de domicilio, y especialmente si existe falta de comunicación de los progenitores por las dificultades de éstos para unificar criterios en las cuestiones más cotidianas de la vida de los hijos.

Pero, no obstante todos esos inconvenientes, estima la Sala que, en casos como en el de autos, en el que existen varios informes periciales que sí estiman beneficioso

dicho tipo de custodia, no puede cederse a la exclusiva voluntad de una de las partes en contra tanto de la opinión unánime de dos peritos y Ministerio Fiscal, como de la voluntad del otro progenitor, no por la suma de opiniones o votos, sino por la coincidencia en que ello es lo mejor para la menor, estimándose, por ello, más beneficioso acordar la custodia compartida en los mismos términos que los recomendados por el Gabinete Psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia, tanto en la forma de llevarlo a cabo como en cuanto al régimen de visitas.

CUARTO.- En cuanto al uso de la vivienda conyugal, no obstante ser la custodia compartida, estima la Sala que, dado que el padre ya tiene una vivienda garantizada, al haber alquilado una con la persona con la que convive, unido a la diferencia de ingresos de uno y otro, así como que siempre que sea posible debe evitarse el uso alterno de la misma vivienda, por los problemas que ello comporta siempre, debe atribuirse a la h/a y a la esposa.

QUINTO.- En cuanto a la pensión alimenticia cabe recordar que la determinación de la cuantía de los alimentos, proporcionada al caudal o medios de quién los da y a las necesidades de quién los recibe (art. 146 CC), es facultad del Juzgador de instancia y por ende de la presente Sala- (SSTS 20 diciembre, 28 junio 1951 21 diciembre 1951, 30 diciembre 1986, 18 mayo 1987 y 28 septiembre 1989). A efectos de la fijación de alimentos, lo que el art. 146 del CC tiene en cuenta no es rigurosamente el caudal de bienes de que pueda disponer el alimentante, sino simplemente, la necesidad del alimentista, puesta en relación, con el patrimonio de quién haya de darlos, cuya apreciación de proporcionalidad, viene atribuida al prudente arbitrio del Tribunal Sentenciador de instancia (SSTS 6 febrero 1942, 24 febrero 1955, 8 marzo 1961 20 abril 1967, 2 diciembre 1970 9 junio 1971 y 16 noviembre 1978) relación de proporcionalidad que en todo caso queda dominada en el margen de cobertura de las necesidades (alimentación, vestidos, educación ocio, etc., en cuanto elementos integrantes del concepto jurídico de alimentos) del alimentista integrantes del llamado "mínimo vital" o mínimo imprescindible para el desarrollo de la existencia del mismo en condiciones de suficiencia y dignidad.

En el caso que nos ocupa, a pesar de haber atribuido la custodia de forma compartida, estima la Sala que ello no obsta para señalar a cargo de/padre, por la diferencia de ingresos de uno y otro a que antes se aludía, la suma cada mes, dentro de los cinco primeros días, de 250 euros, incrementándose anualmente con arreglo al índice de precios al consumo.

En su sentencia de 10 de febrero de 2.009, número 82 de ese año, la sección décima confirmó la custodia compartida fijada por el Juzgado, por meses alternos, con régimen de visitas para el otro progenitor, vivienda para la madre y los dos hijos, por tener también el padre resuelto el alojamiento en una vivienda de alquiler próxima al domicilio de los hijos, y pensión de alimentos para estos de 250 euros al mes para cada uno por la mejor situación del padre; se confirma también el razonamiento del Juzgado que llevó a establecer el sistema aun existiendo una denuncia pena] contra el progenitor, lo que supone una aplicación ponderada y flexible del artículo 92-7 del Código Penal:

Para determinar cuál es el régimen de guarda más adecuado al interés de los hijos, de acuerdo con los artículos 92 y 159 del Código Civil, y las disposiciones de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, no puede desconocerse el informe realizado por el Equipo Psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia de Valencia (folios 320 y siguientes del tomo III) que recomienda un sistema de guarda compartida por meses alternos y con comunicación con el otro progenitor, pues "se dan factores positivos para ello como el adecuado ejercicio de los progenitores en el cuidado diario de los menores, desarrollo de la salud emocional y social, adecuada relación de los menores con los progenitores y coincidencia en el estilo educativo de los mismos ", según literalmente el informe, que valora especialmente que el demandado haya buscado una vivienda en el mismo entorno de los hijos; por otro lado, el resultado de la exploración del hijo de 11 años es favorable también para el sistema establecido por el Juzgado (folio 362 tomo III); la Sala considera, pues no existen elementos de convicción sólidos de los que se desprenda otra cosa, que el sistema establecido por el Juzgado "a quo " responde plenamente al interés de los menores, y debe por ello, ser confirmado; concurren también los requisitos previstos en el artículo 92-8 del Código Civil de la previa petición de parte, habida cuenta de que el demandado solicitó se estableciera una guarda compartida (folio 14 del tomo II), y el dictamen favorable del Ministerio Fiscal (folio 479 del tomo III); por lo que se refiere a la denuncia interpuesta por la demandante contra el demandado, que ha dado lugar a la emisión de una prohibición de acercamiento el día 18 de julio de 2008 (folio 373), la Sala estima, en relación con la previsión del artículo 92-7 del Código Civil, que dicha denuncia no puede impedir el establecimiento de la guarda compartida habida cuenta de que no consta que los hechos que la han motivado revistan la suficiente gravedad como para suponer un obstáculo efectivo al sistema de guarda fijado; por otro lado, la Sala comparte las valoraciones que hace la sentencia recurrida sobre el momento de la denuncia, posterior a la emisión del informe pericial que recomienda la custodia compartida, y después también de la vista del juicio que fue suspendida a instancias de la demandante para instruirse del informe e intentar alcanzar un acuerdo (folio 339); procede por todo ello desestimar el primer motivo del recurso de la apelante.

En la sentencia 146-08 de 10 de marzo de 2008, se confirmó una custodia compartida por meses con alimentos de 300 euros al mes a cargo del padre, sólo cuando los menores estuvieran con la madre, y no se asigna la vivienda a ninguno de los dos progenitores, aunque no es posible saber más sobre este pronunciamiento porque no fue impugnado en la apelación:

Para determinar cuál es el sistema de guarda más adecuado al interés de los hijos, de acuerdo con el artículo 92 del Código Civil, y las disposiciones de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, no pueden desconocerse las conclusiones del informe pericial realizado por el Equipo Psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia de Valencia (folios 132 y siguientes), que recomienda el establecimiento de la guarda alterna porque dicha modalidad proporcionará a los menores la estabilidad emocional que parece haber menguado con el cese de la convivencia de sus dos progenitores, y facilitará el óptimo desarrollo de las adecuadas relaciones que en la actualidad mantienen con ambos progenitores, perpetuando así las relaciones de apego y el vínculo emocional vigentes ", según dice literalmente el mencionado informe; dice también el informe, que "no existen discrepancias entre los estilos educativos de los progenitores, mostrándose ambos asertivos en la educación que proporcionan a sus hijos y empleando principalmente el diálogo como método de razonamiento. Además todo esto es percibido por los menores,

que valoran ambos estilos parentales equitativamente "; además, consta en la exploración documentada en el folio 120, que los dos menores manifestaron su voluntad de vivir con los dos progenitores por igual; consta también la conformidad del Ministerio Fiscal con el establecimiento de este sistema de guarda (folio 149), y la solicitud por el apelado en su demanda, con carácter subsidiario a la guarda excusiva que interesó en primer lugar. Procede por ello desestimar el motivo del recurso, porque el pronunciamiento sobre la guarda adoptado por la sentencia recurrida es adecuado, a la vista de las pruebas practicadas, al interés de los hijos, y concurren los requisitos a los que el artículo 92-8 del Código Civil subordina el establecimiento de una guarda compartida en un proceso matrimonial contencioso.

En la sentencia 220-08 de 21 de abril de 2.008, se desestimó una custodia compartida, ratificando el criterio del Juzgado, aplicando estrictamente los criterios legales:

Para determinar cuál el sistema de guarda más adecuado al interés del menor, de acuerdo con el artículo 92 del Código Civil, y las disposiciones de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 15 de enero de 1.996, se tiene en cuenta que no hay en la causa un elemento de juicio sólido, del que se desprenda que, tal como exige el artículo 92-8 del Código Civil, sólo mediante el establecimiento de una guarda compartida se proteja adecuadamente el interés del menor, lo que unido al carácter excepcional que este sistema tiene cuando no hay acuerdo entre las partes, conforme al mismo precepto citado, lleva a la desestimación del recurso del demandado. Con el reconocimiento de estar con su hijo una tarde entre semana además de los demás periodos reconocidos, se permite un intenso contacto paterno-filial, por lo que no procede la ampliación de los contactos interesada por el demandado.

En la sentencia 507-09 de 16 de julio de 2.009, que ratificó una custodia compartida por quincenas, con fines de semana alternos, con asignación de la vivienda a la progenitora, incluyendo la plaza de garaje, cosa que fue impugnada en la apelación por él, y haciéndose cargo cada uno de la manutención del menor cuando lo tengan consigo, y el pago del colegio, y de los gastos extraordinarios al 50%:

no pueden desconocerse las conclusiones de dos informes periciales que figuran en la causa, realizados por el Equipo Psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia de Valencia (folios 349y siguientes, y el incorporado al rollo), que recomiendan el establecimiento de una guarda compartida por periodos de quince días, pues "dicha modalidad proporcionará al menor el desarrollo de adecuadas relaciones tanto con su padre como con su madre, manteniendo las relaciones de apego y vínculo emocional que informan que son actualmente vigentes, y, con ello, perpetuar la estabilidad emocional en el futuro, además de un adecuado desarrollo evolutivo y crecimiento personal "; en el informe realizado en la alzada, se dice que "ambos progenitores comparten el mismo estilo educativo, caracterizado por fomentar la adquisición de hábitos y comportamientos adecuados, en cuanto a las estrategias disciplinarias estas se basan en la comunicación y la reflexión, con una utilización muy escasa del castigo mediante la retirada de privilegios ", de lo que se desprende que se da la mínima avenencia y sintonía necesarias para que la guarda conjunta pueda tener éxito; la Sala comprueba que se dan en el presente caso los requisitos fijados en el artículo 92-8 del Código Civil: la petición de una de las partes, el informe favorable del Ministerio

Fiscal, y la adecuación del sistema establecido al interés del menor; procede por ello la desestimación de la impugnación de la demandante.

En la sentencia siguiente, la 576-09 de 22 de septiembre de ese año, se revocó la guarda compartida establecida por el Juzgado, con el argumento de que el informe pericial recomendaba la guarda del padre, y además, la condena a la madre como autora de dos delitos de lesiones inferidos al padre, así como la existencia de una denuncia por maltrato contra éste:

Para determinar cuál es el sistema de guarda más adecuado al interés de los hijos, de acuerdo con los artículos 92 y 159 del Código Civil, y las disposiciones de la Ley orgánica 171.996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, no puede desconocerse el informe realizado por el Equipo Psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia de Valencia (folios 622 y siguientes) que recomendó la asignación de la custodia al actor, atendiendo a la mayor presencia paterna en la asistencia de los menores, y a la existencia de limitaciones para ejercer un sistema de guarda compartida; se recomienda también que el sistema de visitas con la progenitora sea lo más amplio posible; por otro lado, consta en el rollo de Sala la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal número 9 de Valencia de 19 de junio de 2.009, recurrida ante la Audiencia Provincial, que condenó a la demandada como autora de dos delitos de lesiones cometidos en la persona del actor; consta también la incoación de un proceso penal contra el demandante por maltrato psicológico, injurias, coacciones y vejaciones que se tramita en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 1 de Valencia como diligencias previas 290/2.009; teniendo en cuenta que el artículo 92-8 del Código Civil preceptúa que el sistema de guarda compartida se fundamenta en que sólo de esa forma se protege adecuadamente el interés superior del menor, y que el apartado 7 del artículo 92 del Código Civil establece que no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal por lesionar los bienes personales del otro, o de los hijos, o existan indicios fundados de violencia doméstica, no procede en este caso la fijación de ese sistema de guarda compartida; no se considera un obstáculo de entidad para el ejercicio de la guarda exclusiva por el padre, el que éste no esté ya en el paro, pues la flexibilidad de horarios que le da su profesión de fotógrafo, la permitirá atender con esmero a sus hijos; procede por ello revocar la sentencia recurrida para atribuir la guarda al padre, y reconocer un amplio régimen de comunicación materno-filial que comprenderá los fines de semana alternos desde los viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada del mismo, un contacto semanal que a falta de acuerdo será los miércoles de todas las semanas e incluirá la pernocta en casa de la demandada, y la mitad de las vacaciones escolares, las de verano divididas en quincenas, y la elección de los periodos corresponderá, a falta de acuerdo, al padre en los años pares y a la madre en los impares.

En la sentencia 612-09 de 7 de octubre de 2.009, se confirmó la decisión del Juzgado modificando una custodia compartida, atribuyendo la guarda a la madre, sobre la base de la exploración de la menor, de 11 años de edad:

no puede desconocerse el resultado de la exploración realizada a la menor, reflejado en el folio 85; en este acto la hija dio que quería vivir con su madre, y seguir viendo a su padre; la Señora Jueza "a quo", que ha acordado la asignación de la custodia a la actora, ha podido valorar directamente las expresiones de la menor, que a tenor de lo consignado en la propia sentencia, es despierta, sabe lo que quiere y presenta

un suficiente grado de discernimiento; no hay otros elementos de prueba que desvirtúen las alegaciones de la actora, y que lleven a la Sala a entender que otra resolución sería más beneficiosa para la niña; de la exploración resulta, pues, que la demanda tiene una base objetiva, y procede por ello la confirmación de la sentencia.

La sentencia 691-09 de 7 de octubre de 2.009, rechaza también este sistema, confirmando la decisión del Juzgado, sobre la base del informe pericial, y del dictamen contrario del Ministerio Fiscal, en aplicación del artículo 92-8 del Código Civil, que es una ley "formalmente válida y en vigor":

la Sala parte de las conclusiones del informe pericial realizado por la psicóloga designada por el Juzgado (folios 146 y siguientes), según la que los dos litigantes disponen de óptimas cualidades para el desarrollo del correcto ejercicio de la guarda y custodia; se descarta el sistema de guarda alterna para ambos progenitores por periodos iguales, ¡lanado guarda compartida, no sólo porque lo rechaza el Ministerio Fiscal, con la trascendencia que ello tiene a tenor del artículo 92-8 del Código Civil, que es una ley formalmente válida y en vigor, sino porque no es claro que sea el único sistema que se adapte al interés de la menor, requisito exigido también por el precepto citado, como prueba el hecho de que la perito no lo recomienda para la fase en la que nos encontramos, en la que la niña ya asiste a la guardería y todavía no ha cumplido los tres años de edad; no es aceptable tampoco el sistema fijado por la sentencia, alambicado y no favorecedor de la tranquilidad de la menor, y que, a juzgar por la documentación que consta en el rollo, ha dado lugar a no pocos problemas; la Sala se inclina por el sistema propuesto subsidiariamente por el demandado, de fines de semana alternos de viernes a lunes y mitad de las vacaciones, sin que en las vacaciones estivales la menor esté más de quince días seguidos con un progenitor, para impedir que la niña esté demasiado tiempo sin ver al otro.

1) ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, LUIS, en "La reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio", en Sepin (persona y familia), número 45, junio de 2.005, páginas 16 y siguientes.

2) Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 13 de abril de 2.005, en Actualidad Civil, número 1-2.006.

3) Conclusiones del II Encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de Familia con representantes de la Asociación de Abogados de Familia de España, Fiscales especializados en Derecho de Familia y Secretarios Judiciales de los Juzgados de Familia celebrada en Madrid los días 22, 23 y 24 de noviembre de 2.005, en www.poderjudicial.es.

4) Ver nota 3.