

EL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.
¿PUEDE SER IMPUESTO DE OFICIO O REQUIERE LA
SOLICITUD DE LOS PROGENITORES?

*THE JOINT CUSTODY. CAN IT BE IMPOSED EX OFFICIO OR
DOES IT REQUIRE A REQUEST FROM THE PARENTS?*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 13, agosto 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 360-381



Ana AÑON
LARREY

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de junio de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 16 de julio de 2020

RESUMEN: Tras la publicación de algunas sentencias donde se concede la guardia y custodia compartida en supuestos donde ninguno de los progenitores lo había solicitado o, incluso, habiéndolo solicitado uno de ellos en contra de la voluntad del otro, se plantea la cuestión sobre si la guardia y custodia compartida es una opción solicitada por las partes en virtud del principio rogatorio o, si por el contrario, puede acordarse de oficio con la oposición de los progenitores en aquellos casos en que el juzgador lo considere conveniente.

PALABRAS CLAVE: Guardia y custodia compartida; principio rogatorio; imposición; de oficio; relaciones paterno-filiales; interés superior del menor.

ABSTRACT: *Following the publication of certain judgments granting joint custody and guardianship in cases when neither of the parents had requested it, or even having it been requested of a parent against the will of the other parent, the question arises as to whether joint custody and guardianship is an option requested by the parties by virtue of the principle of rogatory or, on the contrary, it can be agreed ex officio with the opposition of the parents in cases where the court considers it appropriate.*

KEY WORDS: *joint custody; rogatory principle; imposition; ex officio; parent-child relationships; interests of the child.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. II. CONSIDERACIONES GENERALES. - 1. La patria potestad: deberes y facultades. - 2. La configuración legal del régimen de guardia y custodia. - 3. La evolución jurisprudencial hacia la guardia y custodia compartida. - 4. El superior interés del menor: aplicación del principio “favor filii”.- III. EL PRINCIPIO DE ROGACION Y CONGRUENCIA EN LOS PROCESOS MATRIMONIALES Y DE MENORES. IV DOCTRINA JURISPRUDENCIAL A FAVOR DE LA CUSTODIA COMPARTIDA CON OPOSICION DEL PROGENITOR. - 1. La posibilidad de adoptar la custodia compartida de oficio sin petición de expresa por los progenitores. - 2. La posibilidad de adoptar la custodia compartida con la oposición de uno de los progenitores si lo solicita al menos el otro progenitor.

I. INTRODUCCION.

Desde que 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, introdujera el régimen de custodia compartida, éste ha sido un tema ampliamente debatido y comentado. Más teniendo en cuenta que nuestro Tribunal Supremo, recogiendo la conciencia social al respecto, ya ha mostrado su preferencia por el régimen de custodia compartida, no como algo excepcional, si no como la regla general que debe aplicarse siempre que las circunstancias del caso concreto así lo aconsejen.

Incluso varias comunidades autónomas habían modificado su Derecho foral para establecer la custodia compartida como opción preferente, en algunos casos anulada, como ocurre con la Ley valenciana declarada inconstitucional por falta de competencia legislativa sobre la materia por parte del Tribunal Constitucional en su Sentencia 192/2016, de 16 de noviembre¹, y en otros casos modificada como ha ocurrido con la legislación foral aragonesa².

1 STC 192/2016, de 16 de noviembre (RTC 2016, 192).

CONTRERAS ROMERO, J.: *Aspectos básicos de la ley valenciana de custodia compartida*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 41-42, observa que la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, utiliza como argumento la vulneración de las competencias legislativas atribuidas en la Constitución al Estado, en su art. 149.1.8, sobre legislación civil, al entender que el Estatuto de Autonomía de la Comunitat no habilita en su art. 49.1.2 referente a la conservación, desarrollo y modificación del Derecho civil foral valenciano a legislar cualquier materia sobre derecho civil, amparándose en unos fueros extintos e inconexos al derecho foral, codificado o consuetudinario, existente al momento de promulgar la Constitución de 1978.

Para un estudio de las “situaciones consolidadas”, que la STC 192/2016, de 16 de noviembre (RTC 2016, 192), respeta, *vid.* DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “¿Qué es lo que queda del Derecho civil valenciano en materia de familia?”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 31, 2017, pp. 142-159.

2 Ley 6/2019, de 21 de marzo, que modifica el Decreto Legislativo 1/2011 o “Código del Derecho Foral de Aragón”, en concreto, el art. 80.2 en lo referido a la atribución de la custodia a los menores de edad en

• Ana Añon Larrey

Abogada, Profesora de Derecho Civil, Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir; Profesora del Máster de Acceso a la Abogacía, Universidad de Valencia. Correo electrónico: anaanon@icav.es

Además, han proliferado las asociaciones que propugnan la custodia compartida como un derecho a favor del “progenitor”, generalmente paterno, puesto que tradicionalmente en la mayoría de los casos la custodia exclusiva ha venido siendo atribuida a la madre.

Sin embargo, la custodia compartida, más que “un derecho de los padres”, es un derecho de los hijos y un deber de ambos progenitores que garantiza a estos “la posibilidad de seguir ejerciendo los 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, lo que parece también lo más beneficioso para ellos”³.

Lógicamente no siempre se dan las circunstancias adecuadas para la atribución de la guardia y custodia compartida, que también presenta sus inconvenientes, pues se darán cuando ésta responda al beneficio del menor, no a otros intereses o beneficios particulares de sus progenitores.

En el presente trabajo, se pretende analizar la modalidad de guarda y custodia compartida desde el punto de vista del beneficio del menor y del deber que compete a ambos progenitores. Analizando aquellos supuestos jurisprudenciales en que el juzgador acuerda este régimen incluso con la oposición de uno de los progenitores a cuyo favor se establece dicha modalidad.

II. CONSIDERACIONES GENERALES.

I. De la patria potestad: deberes y facultades.

El art. 156 CC establece que la patria potestad se ejercerá, sobre los hijos no emancipados, conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, y que serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad.

Pese a que no existe una definición legal de la patria potestad, viene siendo considerada en la doctrina como la función (deber-facultad) que incumbe a los progenitores con relación a sus hijos menores de edad, con independencia de si existe matrimonio o no entre aquellos⁴.

caso de separación, divorcio o ruptura de relación de hecho.

3 STS 2 julio 2001(RJ 2002, 1472).

4 PINTO ANDRADE, C.: “La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y factores para su atribución”, *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 9, junio-diciembre, Año 2015, pp. 143-175.

El art. 154 CC si comprende la patria potestad “como responsabilidad parental” que se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: “1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2.º Representarlos y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten”.

Como se ve, de la propia interpretación del art. 154 C.C, se puede colegir que la patria potestad engloba a la guarda y custodia, pues la primera indica la responsabilidad parental de “tenerlos en su compañía”. Siendo esto así, en situaciones normales de convivencia de los progenitores, cuando los progenitores viven juntos y se relacionan con normalidad, la guarda y custodia sobre los hijos menores de edad se encuentra subsumida en la patria potestad que se ejerce conjuntamente por ambos progenitores.

La STS 9 julio 2002⁵ señala que la patria potestad viene configurada en nuestro ordenamiento jurídico “como una función instituida en beneficio de los hijos, que abarca un conjunto de derechos concedidos por la Ley a los padres sobre la persona y bienes de los descendientes en tanto son menores y no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y educación que pesa sobre dichos progenitores; constituye una relación central de la que irradian multitud de derechos y deberes, instituidos todos ellos, no en interés del titular, sino en el del sujeto pasivo”. Por lo demás, la patria potestad es irrenunciable, imprescriptible e intransferible e indisponible por su titular y solo puede ser privado mediante resolución judicial debidamente fundada⁶.

La propia transformación de la familia ha traído consigo que la patria potestad haya perdido su naturaleza de derecho subjetivo para pasar a ser entendida, a modo de institución de auténtico orden público, como una función, “cuyo contenido está formado más por deberes que por derechos”⁷. Algo que, por lo demás, se compadece bien con el propio concepto de potestad, pero una potestad cuyo entramado de relaciones trasciende del grupo y se presenta como algo sometido a control público a través de la vigilancia del juez, lo que permite predicar de ella el abandono del terreno de las potestades de Derecho privado. Conforme a lo dicho, el legislador ha considerado oportuno proclamar en párrafo separado la naturaleza de la patria potestad como “función”⁸.

5 STS 9 julio 2002 (RJ 2002, 5905).

6 PINTO ANDRADE, C.: “La custodia”, cit., pp. 143-175.

7 STS 31 diciembre 1996 (RJ 1996, 9223).

8 CAÑIZARES LASO, A Y DE PABLO CONTRERAS, P.: *Código Civil Comentado*, vol. I., Civitas, Cizur Menor (Navarra), mayo 2016.

La patria potestad se ejerce, en la actualidad, de cara al beneficio, bienestar, bien o interés del hijo menor de edad, y no en interés de los progenitores, corolario del art. 14 de nuestra Constitución, que instituyó el principio de igualdad entre hombres y mujeres y la consiguiente obligación de no discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social⁹.

2. La configuración legal del régimen de custodia compartida.

La lectura literal de la regulación legal contenida en los arts. 90 y ss CC, dentro del capítulo IX referido a los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, parece partir del criterio de atribución de la guarda y custodia sólo al padre o sólo a la madre, no a ambos conjuntamente. Así,

El art. 90 a) se refiere al “progenitor que no viva habitualmente con ellos”

El art. 94 regula el derecho de visitas, comunicación y compañía del “progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados”.

El art. 96 atribuye el uso de la vivienda familiar “a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”, sin prever alternativa alguna.

Y cuando se regula la posibilidad de atribuir la custodia compartida, la norma parece referirse a aquellos supuestos excepcionales en que las partes lo soliciten expresamente.

El art. 92, apartado 5º, CC con la modificación introducida por Ley 15/2005 de 8 de julio, por la que se modifican el CC y LEC en materia de separación y divorcio, establece la posibilidad de acordar 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”, y en el apartado 8º, continua afirmando que, “excepcionalmente”, aun no dándose los supuestos anteriores – que lo soliciten o acuerden los padres-, “a instancia de una de las partes” podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

3. La evolución jurisprudencial hacia la guardia y custodia compartida.

Ha sido la jurisprudencia de los tribunales la que de manera progresiva ha ido evolucionando desde la custodia individual hacia la atribución compartida

9 ROMERO COLOMA, A.: “Conflictos derivados del ejercicio de la patria potestad”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2015.

de la guardia y custodia de los menores, no con la excepcionalidad que parece prever el Código Civil, si no como criterio normal del desempeño de las funciones parentales, influido por el cambio de mentalidad social que apoya en mayor medida este régimen, y así lo ha refrendado en diversas ocasiones el más alto tribunal.

Desde la STS 22 julio 2011¹⁰, en el que fija, con relación al análisis del art. 92.8 CC, y en pos del interés del menor a fin de protegerlo, que la excepcionalidad a que se refiere el inicio del párrafo 8, debe interpretarse, pues, en relación con el párrafo cinco del propio art. que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro.

Si no hay acuerdo, el art. 92.8 CC no excluye esta posibilidad, pero en este caso, debe el juez acordarla “fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”. De ahí que no resulta necesario concretar el significado de la “excepcionalidad”, a que se refiere el art. 92.8 CC, ya que en la redacción del artículo aparece claramente que viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla.

A la STC 17 octubre 2012¹¹, que declaraba inconstitucional y nulo el inciso con informe “favorable” del Ministerio Fiscal contenido en el apartado 8º del art. 92, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, dejando abierta la facultad de decisión al juzgador.

Posteriormente, la STS 29 abril 2013¹² destaca que es el juez o tribunal el que en el marco de la controversia existente entre los progenitores, a quien corresponde valorar si debe o no adoptarse la guarda y custodia compartida, considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño, así como que “la redacción del art. 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”.

La STS 19 julio 2013¹³ afirmaba que se prima el interés del menor y este interés, que ni el art. 92 CC ni el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este

10 STS 22 de julio 2011 (RJ 2011, 5676).

11 STC 185/2012, de 17 de octubre (RTC 2012, 185).

12 STS 29 abril 2013 (RJ 2013, 3269).

13 STS 19 julio 2012 (RJ 2013, 5002).

tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel.

Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial, garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los 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, lo que parece también lo más beneficioso para ellos¹⁴.

La custodia compartida constituye un régimen de guarda y custodia de los hijos menores, basado en los principios de coparentalidad y de corresponsabilidad parental, que aunque no exclusivos de este régimen de custodia, se caracteriza porque ambos progenitores se alternan en el desempeño de las funciones inherentes a la guarda y custodia, compartiendo en un plano de igualdad derechos y obligaciones respecto a sus hijos como si se tratase de una familia intacta — aunque diste mucho de serlo—, con la salvedad de que los padres ya no viven juntos¹⁵.

Y de esta forma se ha seguido manteniendo en los pronunciamientos jurisprudenciales, entre ellos, SSTS 11 febrero 2016¹⁶, 12 abril 2016¹⁷, 16 septiembre 2016¹⁸, 13 diciembre 2017¹⁹, entre varias de las resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo Sala 1ª, la última de ellas que determina que las modificaciones en las cuestiones relativas a la protección, guarda y custodia, de los menores, aconsejadas por las nuevas necesidades de los mismos o circunstancias de sus padres, han de realizarse dando preeminencia al interés del menor; y considerando que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio sustancial pero sí cierto. El régimen de custodia compartida es considerado como el sistema más razonable y adecuado en interés del menor; que ha de adoptarse siempre que sea compatible con dicho interés, y no supone ni un premio ni un castigo para los progenitores.

Por tanto, parece claro en la jurisprudencia que constituye el sistema de guarda y custodia, más aconsejable, la compartida entre ambos progenitores, como

14 STS 2 julio 2014 (RJ 2014, 4250)

15 MARTINEZ CALVO, J.: *La guarda y custodia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 71-72.

16 STS 11 febrero 2016 (RJ 2016, 249).

17 STS 12 abril 2016 (RJ 2016, 1336).

18 STS 16 septiembre 2016 (2016, 4449).

19 STS 13 diciembre 2017 (RJ 217, 5389).

regla general, sin perjuicio claro está de las particularidades de cada situación o procedimiento.

4. El superior interés del menor.

Desde la perspectiva del interés del menor que enmarca todo el Derecho de familia, así como el Derecho internacional, se hace necesario mantener como norte y meta de la actuación judicial la obtención del superior interés del niño.

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, conforme la cual “los niños necesitan protección y cuidados especiales, deben crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, y ha de ser educado en el espíritu de los ideales de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad. En todas las medidas que les conciernan, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos atenderán, como consideración primordial, al interés superior del niño”.

El art. 39.4 de la Constitución Española el cual manifiesta que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

El legislador ordinario, en los arts. 90 y ss. CC, que parte del principio esencial de que “las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos”.

Y el art. 159 CC que consagra el principio de favor filii al establecer que “si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El juez oírá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años”.

Así, este criterio se consolida y desarrolla en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que establece en su Exposición de Motivos como principio general que toda actuación habrá de tener fundamentalmente en cuenta el interés del menor y no interferir en su vida escolar, social o laboral.

Respecto a las medidas que los Jueces pueden adoptar para evitar situaciones perjudiciales para los hijos, que contempla actualmente el art. 158 CC, se amplían a todos los menores, y a situaciones que exceden del ámbito de las relaciones paterno-filiales, haciéndose extensivas a las derivadas de la tutela y de la guarda, y

se establece la posibilidad de que el juez las adopte con carácter cautelar al inicio o en el curso de cualquier proceso civil o penal.

En definitiva, se trata de consagrar un principio de agilidad e inmediatez en todos los procedimientos judiciales que afectan a menores para evitar perjuicios innecesarios que puedan derivar de la rigidez de aquéllos.

La STS 17 junio 2013²⁰ se refiere al interés superior del menor como “la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un status sino familiar sí parecido al que disfrutaba hasta ese momento y esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores como a los alimentos presentes y futuros...”.

III. EL PRINCIPIO DE ROGACIÓN Y CONGRUENCIA EN LOS PROCESOS MATRIMONIALES Y DE MENORES.

La evolución normativa y jurisprudencial hacia la custodia compartida como regla general en favor del principio “favor filii”, no resuelve expresamente si la custodia compartida podría llegar a acordarse de oficio incluso con la oposición de uno de los progenitores, máxime teniendo en cuenta que el proceso de familia entra dentro de los llamados “procesos especiales”, donde no rigen igual los principios dispositivo y rogatorio.

El art. 92, apartado 5º, CC afirma que se acordará la custodia compartida “cuando así lo soliciten los padres”, y en el apartado 8º, que el juez podrá concederla “a instancia de una de las partes”.

20 STS 17 junio 2013 (RJ 2013, 4375).

PANIZA FULLANA, A.: “La modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio”, *Revista Doctrinal Aranzadi, Civil-Mercantil*, núm. 8/2015: Basta una lectura de la jurisprudencia sobre rupturas matrimoniales y sus consecuencias, guarda y custodia compartida, atribución de la vivienda familiar, supuestos relacionados con la filiación, declaración de situación de desamparo, acogimiento, etc. para ver en todas ellos una misma referencia: el interés superior del menor, principio o cláusula general que los jueces se encargan de adecuar al caso concreto

En el mismo sentido, el art. 159 CC que permite al juez decidir en beneficio de los hijos, cuando estos no decidieren de común acuerdo, se refiere a “qué progenitor” asumirá el cuidado, eludiendo así la posibilidad de optar el juzgador por la custodia compartida de oficio en beneficio del menor.

Por tanto, de la regulación legal parece desprenderse la necesaria solicitud de parte, al menos por uno de los progenitores, para que el juez pueda adoptar la custodia compartida. Así lo ha considerado la doctrina²¹ y la jurisprudencia de nuestros tribunales rechazando en la mayoría de las situaciones la custodia compartida pese a considerar que podría ser la medida más beneficiosa, si ninguno de los dos progenitores lo solicita expresamente.

No obstante, a priori, los tribunales, en virtud del principio “iura novit curia” y “da mihi factum ego dabo tibi ius”, no tendrían por qué fundar sus resoluciones en las normas y argumentaciones jurídicas invocadas por las partes, pudiendo y debiendo hacerlo en las que, a partir de los hechos aportados y probados en autos, correspondan en Derecho al efecto jurídico pedido u opuesto por las ellas; pero siempre que no represente una alteración o desviación de sus pretensiones. Así, lo dispone el art. 218.1, párrafo segundo, de la Ley procesal civil cuando autoriza a los tribunales a resolver “conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes”, pero con respeto a los fundamentos de hecho y de Derecho que las partes hayan querido hacer valer²².

Sin embargo, el cambio de vista jurídico por el juzgador no justifica un cambio o alteración de las acciones deducidas por las partes en la fase expositiva del proceso, con la consiguiente desvinculación de los términos con que quedó definida la litis y la indefensión de las partes que centraron en su contemplación la actividad alegatoria y probatoria desarrollada en él²³. No excluyen pues los principios referidos (“iura novit curia” y “da mihi factum ego dabo tibi ius”), la aplicación del principio dispositivo o rogatorio en un proceso civil declarativo.

21 DOMÍNGUEZ OLIVEROS, I.: *¿Custodia Compartida Preferente o Interés del Menor?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 112: “un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos de los progenitores: si la piden ambos, se aplicará el párrafo quinto, y si la pide uno solo y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo octavo, resulta conveniente para el interés del niño, podrá establecerse este sistema de guarda. El Código Civil, por tanto, exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse. No puede imponerse de oficio”.

IGLESIAS MARTÍN C.R.: *La custodia compartida. Hacia una corresponsabilidad en plano de igualdad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 133-134: “Es necesario que la solicite al menos una de las partes. Con este requisito se ha impedido que se conceda la custodia compartida de oficio”.

22 Como refiere la STC 44/1993, de 8 de febrero (RTC 1993,44): “si bien podría afirmarse que el Juez es, en términos generales, el ‘dueño del Derecho’, eso hay que entenderlo en su propio sentido, es decir, dentro de los límites que la potestad de elegir la norma aplicable le conceda el propio ordenamiento jurídico y la naturaleza de la función judicial”.

23 SSTC 53/2005, de 14 marzo (RTC 2005, 53) y 56/2007, de 12 de marzo (RTC 2007, 56).

Pese a ello, los principios dispositivo y rogatorio no rigen igual en los llamados “procesos especiales” por la materia, entre los que se encuentran los procesos matrimoniales y los procesos de menores

El propio art. 216 LEC exceptúa del principio de justicia rogada los “casos especiales” en que la ley disponga otra cosa. Y lo hace en los procesos especiales que, por su carácter instrumental al servicio del Derecho de familia, no se limitan a dispensar a pretensiones privadas la tutela judicial recabada, en los límites subjetivos y objetivos de lo pedido por los litigantes, sino que cumplen otras funciones de salvaguarda del interés público y de los derechos e intereses de los menores afectados por el conflicto.

Lo recuerda el Tribunal Constitucional cuando, refiriéndose a esta clase de procesos, declara que “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, 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”²⁴.

Y, en efecto, en la LEC, ni la renuncia, el allanamiento o la transacción (art 751.1), ni el acuerdo de los cónyuges o progenitores litigantes sobre las medidas relativas a la guarda y custodia de sus hijos menores (arts. 770.6^a, 773.1, in fine, 774.4, 775.2 y 777.7), tienen para los tribunales la eficacia vinculante que para los procesos de objeto disponible se derivaría de los principios dispositivo, rogatorio y de congruencia.

Tampoco rige en aquellos procesos especiales con igual intensidad que en los ordinarios el principio de aportación de parte, en cuanto el tribunal ha de resolver ateniéndose a los hechos probados con independencia de la manera y el momento en que hayan sido introducidos en el proceso (art. 752.1), y la conformidad sobre los hechos o la tácita admisión de los alegados de adverso no son vinculantes para el tribunal (art. 752.2), que puede valorar con libertad todas las pruebas practicadas sobre ellos sin sujeción a regla de tasa (art. 752.2, in fine) e incluso acordar de oficio las que estime necesarias sobre los hechos relevantes para la adopción de las medidas que afectan a los hijos menores (arts. 770.4^a, 771.3, 774.2, 775.2 y 777.4).

24 SSTC 120/1984, de 10 de diciembre (RTC 1984, 120) y 4/2001, de 15 de enero (RTC 2001, 4).

Y así se ha declarado por los Tribunales, por ejemplo, a la hora de acordar de oficio el informe psicosocial, aunque no se haya pedido expresamente por las partes²⁵, o la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar²⁶.

Pero estas particularidades no suponen la derogación o exclusión total en estos procedimientos de los expresados principios rectores del proceso civil y, en concreto, de los principios rogatorio y de congruencia procesal, en términos que permitan a los tribunales de instancia abordar y resolver las peticiones deducidas haciendo abstracción de la pretensión ejercitada para su consecución, de la razón jurídica de pedir que la sustenta y de las cuestiones que suscita y han centrado el debate procesal²⁷.

Pese a todo, la redacción del art. 92 CC, parece que no deja abierta la puerta a la posibilidad de acordarla de oficio sin petición expresa de alguna de las partes. El precepto establece dos posibilidades para que pueda acordarse la guarda y custodia compartida: a) la primera es la contenida en el párrafo 5, que la atribuye cuando se dé la petición conjunta por ambos progenitores; y, b) la segunda se contiene en el párrafo 8 de esta misma norma, que permite “excepcionalmente y aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco”, acordar este tipo de guarda “a instancia de una de las partes”, con los demás requisitos exigidos.

En ambos casos, un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos de los progenitores: si la piden ambos, se aplicará el párrafo quinto, y si la pide uno solo y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo octavo, resulta conveniente para el interés del niño, podrá establecerse este sistema de guarda. El Código civil, por tanto, exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podría acordarse pese a las particularidades en proceso de familia de los principios dispositivo y rogatorio.

En este sentido, lo ha ratificado el Tribunal Supremo rechazando la posibilidad de acordar de oficio la custodia compartida, incluso dándose las condiciones más

25 SAP Zamora 16 septiembre 2019 (JUR 2019, 293162): “en los procesos matrimoniales la congruencia, como la correlación debida entre la pretensión y el fallo, se proyecta de forma distinta según se trate de la decisión sobre el vínculo conyugal o sobre las medidas consecuencia del mismo, ya que en relación a éstas, debe estimarse que juegan unos elementos de orden público no siempre sometidos al principio dispositivo y tutelables de oficio; por consiguiente, se hayan pedido o no expresamente por las partes, los efectos que las medidas solicitadas pueden comportar y que han de ser resueltos por el juzgador a tenor de lo que establece el art. 91 CC, no pudiéndose traer a colación principios dispositivos y rogatorios propios del proceso civil, pues en todo proceso matrimonial se dan elementos que no son de este orden, sino de ‘ius cogens’, precisamente por derivar y ser un instrumento al servicio del Derecho de familia, y que persigue el interés de los menores”.

26 STS 21 mayo 2012 (RJ 2012, 6532): “en consecuencia, no puede alegarse incongruencia cuando las partes no hayan formulado una petición que afecta al interés del menor, que deberá ser decidida por el juez, en virtud de la naturaleza ‘ius cogens’ que tiene una parte de las normas sobre procedimientos matrimoniales, tal como lo puso de relieve en su día la STC 120/1984 (RTC 1984, 120)”.

27 TSJ Navarra 23 octubre 2012 (RJ 2012, 11174).

favorables para ello, cuando ninguno de los progenitores solicita esta medida pese al informe favorable del Ministerio Fiscal²⁸.

A pesar de los beneficios que el régimen de custodia compartida pueda reportar al menor, el Tribunal Supremo exige que al menos lo solicite uno de los progenitores²⁹. Cabe recordar al respecto que tanto el Anteproyecto de Ley de Corresponsabilidad Parental como la Propuesta de Código Civil, al regular esta cuestión, preveían la posibilidad de que el juez acordase la guarda y custodia aun no existiendo solicitud de ninguno de los padres al respecto, si bien este extremo, fue contestado desde diferentes sectores sociales y jurídicos³⁰.

Este sistema, solicitud por al menos uno de los progenitores, es el que se recogía también en las diferentes legislaciones forales de Aragón³¹, Navarra³² y País Vasco³³.

Como reconocía la STS 29 abril 2013, ciertamente existen otras soluciones legales, como la que se contemplaba en el art. 5.1 y 2 de la derogada Ley valenciana, Ley 5/2011, de 1 de abril, que no requería petición expresa de parte³⁴, pero no es esta solución la escogida por nuestro Código civil.

IV. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL A FAVOR DE LA CUSTODIA COMPARTIDA CON OPOSICION DEL PROGENITOR.

Por tanto, expuesto todo lo anterior, a lo largo del siguiente epígrafe van a analizarse las dos cuestiones que resultan fundamentales en este trabajo:

28 STS 19 abril 2012 (RJ 2012, 5909) y 29 abril 2013 (RJ 2013, 3269), entre otras.

29 STS 15 junio 2016 (RJ 2016, 2780) y 20 junio 2017 (RJ 2017, 3052)

30 ÁLVAREZ OLALLA, M^a P.: "Última jurisprudencia del TS en materia de Custodia Compartida", *Revista Doctrinal Aranzadi*, Civil- Mercantil, núm. 3/2018. Vid. "La presión social e intereses asociativos impiden la aprobación de una ley de guarda y custodia compartida", entrevista a Juan Pablo González del Pozo y Ángel Luis Campo Izquierdo, magistrados de familia, *Diario La Ley*, núm. 8701, 12 febrero 2016.

31 Art. 80 del Código del Derecho foral de Aragón (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo) que prevé que: "cada uno de los progenitores por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida por ambos o por uno solo de ellos".

32 Art. 3 Ley Foral Navarra, Ley 3/2011, de 17 de marzo (derogada por Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo), establecía que: "Cada uno de los padres por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida por ambos o por uno de ellos".

33 Art. 9.3 Ley Vasca, Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores: "El juez, a petición de parte, adoptará la custodia compartida siempre que no sea perjudicial para el interés de los y las menores, y atendiendo en todo caso a las siguientes circunstancias...".

34 En el caso de la norma valenciana, declarada inconstitucional por STC 192/2016, de 16 de noviembre (RTC 2016, 192), la regla general venía recogida en el art. 5.2 de la ley, que establecía que salvo que otra cosa hayan acordado los progenitores, el juez "atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos".

I. La posibilidad de adoptar la custodia compartida de oficio sin petición expresa por los progenitores.

Está claro que para decidir sobre el régimen de custodia ha de atenderse a las especiales circunstancias concurrentes en cada caso, pero la pregunta es: ¿Puede plantearse de oficio el Tribunal que, no constreñido por los principios de rogación y congruencia, que no rigen en materia que afecta al interés público, le permiten resolver, en beneficio de los niños, las cuestiones relativas a las relaciones con sus progenitores?

Pese a que alguna Sentencia así lo ha considerado, a nuestro juicio tanto el legislador como el Tribunal Supremo han sido muy claros a la hora de exigir expresa petición por parte de al menos uno de los progenitores en virtud del art. 92 CC.

Pese a ello, la SAP Valencia 22 abril 1999³⁵ adoptaba como medida de oficio la custodia compartida en beneficio de los hijos, atribuyendo la guarda y custodia compartida de los niños, alternativamente, al padre los meses pares y a la madre los impares, pese a que ambos progenitores solicitaban la custodia monoparental y ninguno de ellos, ni siquiera lo hizo el Ministerio Fiscal, había solicitado la guarda y custodia compartida.

En este supuesto, la sentencia de instancia acordaba que los hijos quedaran bajo la guarda y custodia materna, el progenitor paterno recurrió solicitando se le atribuyera la guarda y custodia de los niños por la inestabilidad emocional de la madre, el Ministerio Fiscal pide la desestimación del recurso, y pese a ello la Audiencia Provincial considera que la custodia compartida garantiza la obtención del superior interés del niño o “favor filii”.

Como recoge la sentencia referida, en esta línea de “favor filii”, debe procurarse con carácter general que los hijos tengan el mayor contacto posible con ambos progenitores y “el régimen usual de atribución de la custodia del hijo a un progenitor con exclusión del otro no satisface las exigencias de un saludable equilibrio de las figuras materna y paterna en el niño. Su convivencia continuada con sólo uno de ellos provoca que tome a éste como único modelo de comportamiento, desdibujándose las referencias del otro, con el que se relaciona esporádicamente; la falta de contacto habitual condiciona también la conducta del progenitor no custodio, que con excesiva frecuencia trata de ganar en poco tiempo, con halagos y regalos excesivos, el afecto del pequeño; en otras ocasiones, la falta de convivencia provoca, antes o después, el enfriamiento de las relaciones

35 SAP Valencia 22 abril 1999 (AC 1999, 4941).

interpersonales y el abandono del régimen de visitas, con evidente perjuicio del derecho del menor”.

En este sentido, según la citada sentencia, la regulación legal parece partir del criterio de atribución de la custodia sólo al padre o sólo a la madre, no a ambos conjuntamente, como parece desprenderse de los arts. 90 a 96 CC, sin embargo, concluye “ningún precepto prohíbe aplicar soluciones distintas”. Y continúa afirmando que si las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos han de ser adoptadas en beneficio de ellos como se desprende de la lectura del art. 92, párrafo 2, CC, deberán los Tribunales inclinarse por la que satisfaga esta exigencia mejor que las demás.

Además, considera el Tribunal que ese derecho-deber de cuidar y tener en su compañía a los hijos menores, recae con la misma intensidad en la madre y en el padre, sin que quepa hacer distingos en función de la edad de los niños, o el sexo del progenitor; pues la ternura, el cariño, la energía, la paciencia, o las habilidades domésticas no son patrimonio exclusivo del uno o de la otra; muy al contrario, los dos pueden, y deben, ejercitarse en ellas y potenciarlas en beneficio de sus hijos.

En el caso enjuiciado, tanto el padre como la madre deseaban cuidar de sus hijos, pues ambos solicitan la atribución de la guarda y custodia, y ambos tienen a juicio del Tribunal la capacidad para cuidar adecuadamente a sus hijos, por lo que acordar de oficio “un régimen de custodia compartida en el que las figuras materna y paterna se equilibren, compensen y complementen de manera adecuada”, se considera la decisión acertada por dos motivos; de un lado, atender al interés de los niños, que es el más necesitado de protección y que implica también la conveniencia de no separar a los hermanos (art. 92, párrafo 4 CC), de otro, no desnaturalizar la relación interpersonal.

Posteriormente, en la Comunidad Valenciana, ya durante la vigencia de la ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, que establecía la custodia compartida como normal general y prioritaria sin necesidad de petición expresa de parte, hasta su anulación por el Tribunal Constitucional en fecha 16 de noviembre de 2016³⁶, han sido varias las sentencias que establecían la custodia compartida aun con la oposición de ambos progenitores³⁷.

En el mismo sentido, la SAP Madrid (Sección 22ª) 15 febrero 2005, acuerda la guardia y custodia compartida sin que hubiera sido solicitada por ninguno de

36 STC 192/2016, de 16 noviembre (RTC 192, 2016).

37 Entre otras, SAP Valencia 30 noviembre 2012 (JUR 2013, 60287): “no puede hablarse de incongruencia cuando se trata de medidas que el juez adopte en aquellas materias en que puede actuar de oficio, por estar interesados menores”.

los progenitores, porque la Sala estimó que esta medida era la más conveniente para el equilibrio psicoafectivo de la menor; y, asimismo, una SJPI Tenerife 2 marzo 2005, también estableció este sistema de relaciones paternofiliales, sin que hubiera sido solicitado por ninguno de los progenitores, pese a que posteriormente fue revocado por la Audiencia Provincial³⁸.

Sin embargo, insistimos, esta no resulta la solución habitual en la jurisprudencia, si no que la mayoría de los tribunales rechazan la custodia compartida cuando no hay solicitud de parte, ni siquiera, aunque lo solicite el Ministerio Fiscal³⁹, y el sistema determinado por nuestro Código Civil exige la petición conjunta por ambos progenitores o, al menos, la solicitud a instancia de una de las partes, sin la cual no podrá acordarse, y así lo ha refrendado el Tribunal Supremo.

2. La posibilidad de adoptar la custodia compartida con la oposición de uno de los progenitores si lo solicita al menos el otro progenitor.

Aunque nada dice al respecto el art. 92 CC, en la legislación autonómica sí se dice, o decía en algunos casos de normativa derogada, expresamente que, en defecto de pacto entre las partes, el juez podrá acordar la custodia compartida o la individual, aunque la demande uno sólo de los progenitores con la oposición del otro progenitor.

El art. 80.5 del Código del Derecho foral de Aragón dice que “la objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores que trate de obtener la custodia individual, no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor”⁴⁰; y el art. 5.2 de la derogada Ley Valenciana establecía que “como regla general, atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos”.

En ambos casos, tanto en la regulación aragonesa como en la valenciana, se establecía -antes de la reforma⁴¹ y derogación, en uno y otro caso- como modelo preferente, aunque no de aplicación automática, el modelo de custodia compartida,

38 Citadas por ROMERO COLOMA, A.: “La guarda y custodia compartida no solicitada por los progenitores: la adopción de la medida y su problemática jurídica”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 863/2013.

39 SAP A Coruña 26 diciembre 2016 (JUR 2017, 14851) atribuye la custodia compartida a favor del hijo menor, pero no en el caso del otro hijo donde ninguno de los progenitores lo ha solicitado.

40 GONZÁLEZ DEL POZO, J.P.: “Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar ante la falta de acuerdo de los progenitores en la llamada Ley de Custodia Compartida de Aragón”, *Diario La Ley*, núm. 7537, 2010.

41 Ley 6/2019, de 21 de marzo, que modifica el Decreto Legislativo 1/2011 o «Código del Derecho Foral de Aragón», en concreto, el art. 80.2 en lo referido a la atribución de la custodia a los menores de edad en caso de separación, divorcio o ruptura de relación de hecho.

lo cual era criticado desde el punto de vista doctrinal, dado que, el establecimiento de un sistema preferente puede llevar a soluciones injustas y poco garantistas⁴².

No obstante, el hecho de que nuestro Código Civil no diga expresamente en el art. 92, como si lo hace la legislación foral, que podrá acordarse la custodia compartida con la oposición de uno de los progenitores no significa que lo excluya, todo lo contrario, la expresa petición de uno de los progenitores que menciona el legislador implica que no existe acuerdo al respecto y, por consiguiente, que existe oposición de la otra parte.

Es más, el art. 159 CC establece que, si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El juez oír, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años.

Por ello, no se termina de comprender la polémica suscitada por algunas sentencias como la SAP Córdoba 23 enero 2018⁴³ y la SJPI Leganés 11 julio 2019⁴⁴, que atribuyen la custodia compartida pese a la oposición de uno de los progenitores, pues existe expresa solicitud de parte al respecto.

La controversia viene dada porque la jurisprudencia citada atribuye precisamente la custodia compartida al progenitor que "no la quiere", no al que la pide para sí con oposición del otro, lo cual a juicio de esta parte resulta jurídicamente correcto siempre que se den las circunstancias necesarias para su concesión.

La SAP Córdoba 23 enero 2018⁴⁵ resuelve un supuesto donde el hijo menor padece una discapacidad del 33% con trastorno del desarrollo y retraso madurativo con una evolución desfavorable de la enfermedad. La madre, que tenía atribuida la guarda y custodia por sentencia de divorcio, solicitaba en la demanda de modificación de medidas aprobadas la custodia compartida por desbordamiento de problemas en el entorno materno, sobrevenido por la enfermedad y posterior fallecimiento del padre por cáncer que era quien le prestaba incondicional y

42 MARTINEZ SANCHIS, N.: "La guardia y custodia compartida en el derecho autonómico. Estado actual de la cuestión"; *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 5-1, 2016: "la técnica legislativa empleada por Aragón y Valencia no resulta la más adecuada ya que establecer el modelo de custodia compartida con carácter preferente, facilitando ampliamente la actuación judicial hacia esta dirección y dificultando el establecimiento de una custodia individual, constituye una presunción legal de que un régimen jurídico es mejor que otro. En mi opinión, dicho carácter preferente no garantiza adecuadamente el interés superior del menor, que es el fin último a proteger, ya que en este tipo de supuestos hay que estar a cada caso en concreto para ver cuál es el régimen de custodia que mejor garantizará el interés de los menores y no al establecimiento de un sistema de preferencia que en ocasiones, puede llevar a soluciones injustas y poco garantistas".

43 SAP Córdoba 23 enero 2018 (JUR 2018, 46596).

44 SJPI Leganés 11 julio 2019 (Diario La Ley, núm. 9489, Sección Jurisprudencia, 2 de octubre de 2019).

45 SAP Córdoba 23 enero 2018 (JUR 2018, 46596).

permanente ayuda, manifestando la situación insostenible para la misma de su exclusiva y esencial atención hacia aquel. Se pretendía así una mayor implicación de su ex cónyuge para corresponsabilizarse en el cuidado de los menores, mediante el establecimiento al efecto del régimen de custodia compartida entre ambos. El padre se negaba a la custodia compartida.

El Tribunal considera que la excepcionalidad de las circunstancias del caso, demandan medidas de mayor exigencia recíproca de parte, más allá de las consideraciones ordinarias sobre la mera preferencia o alternativa posible entre diversas opciones de guarda y custodia sobre hijos comunes menores.

Y que dada aquella evolución negativa apreciada sobre el referido menor, la necesidad de mayor atención que demanda el mismo, el riesgo de diferencias entre hermanos abiertas que puedan repercutir con perjuicio sobre ambos, lastradas por la actual situación sostenida de un régimen de custodia exclusiva, que no ha servido para un mejor entendimiento de partes. Además, superado por las circunstancias personales de los progenitores, en particular de la madre con la quiebra acontecida en su red de apoyo familiar más inmediata, y necesidad de un cambio de alcance en tales circunstancias. Apreciadas las posibilidades e idoneidad de ambos padres a estos efectos, justificaban el cambio hacia el régimen de custodia compartida que resulta aceptado.

En el mismo sentido, la SJPI núm. I Leganés 11 julio 2019⁴⁶ declara que el padre no puede negarse a ejercer la custodia compartida si concurren los requisitos que justifican su establecimiento.

En ese caso, la madre es también quien solicita la guardia y custodia de la hija en común de forma compartida porque quiere incorporarse al mercado laboral siendo necesario que el padre se involucre en su custodia, oponiéndose el padre al solicitar que se atribuya la guardia y custodia de la menor a su madre por ser la que mejor la puede atender.

El Juzgador estima la solicitud, pese a la negativa del padre a la custodia compartida y los obstáculos de organización y asistencia que éste alegaba, estimando que ambos progenitores son idóneos para el ejercicio de la custodia y se encuentran en una situación similar familiar y económicamente hablando. Ambos tienen hijos menores de anteriores parejas y la asistencia de los hijos es prioritaria a cualquier otra cuestión.

Además, recalca la sentencia referida que los efectos positivos de la guarda y custodia compartida:

46 SJPI Leganés 11 julio 2019 (Diario La Ley, núm. 9489, Sección Jurisprudencia, 2 de octubre de 2019).

“a) se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de las relaciones de pareja, siendo tal presencia similar de ambas figuras parentales y constituye el modelo de convivencia que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de pareja de sus padres, por lo que la ruptura resulta menos traumática;

b) se evitan determinados sentimientos negativos en los menores, entre los cuales cabe relacionar los siguientes: miedo al abandono; sentimiento de lealtad; sentimiento de culpa; sentimiento de negación; sentimiento de suplantación; etc.,

c) se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los padres que permite una mayor aceptación del nuevo contexto y se evitan situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte de los padres frente a los hijos;

d) se garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, evitando, así, el sentimiento de pérdida que tiene el progenitor cuando se atribuye la custodia al otro progenitor y la desmotivación que se deriva cuando debe abonarse la pensión de alimentos, consiguiendo, además, con ello, una mayor concienciación de ambos en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos;

e) no se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores;

f) hay una equiparación entre ambos progenitores en cuanto a tiempo libre para su vida personal y profesional, con lo que se evitan de esta manera dinámicas de dependencia en la relación con los hijos, pues en ocasiones el dolor y vacío que produce una separación se tiende a suplir con la compañía del hijo o hija que se convierte así en la única razón de vivir de un progenitor;

g) los padres han de cooperar necesariamente, por lo que el sistema de guarda compartida favorece la adopción de acuerdos, lo que se convierte asimismo en un modelo educativo de conducta para el menor”.

En definitiva, vistas las dificultades que supone de por sí la conciliación de la vida laboral y familiar para ambos progenitores, a juicio de esta parte no existe justificación alguna, legal ni moral, para no atribuir la custodia compartida al progenitor que se niega a ello siempre que se den las circunstancias adecuadas y se produzca en beneficio del menor; favoreciendo así un reparto equitativo de los deberes y responsabilidades que integran la patria potestad como institución de orden público encargada de velar por el cuidado de los hijos. No se trata de “imponer” la custodia compartida a quien no la ha solicitado, si no de ponderar las

circunstancias concurrentes y valorar el beneficio del menor, pues el cuidado de los hijos es un derecho, pero también un deber inherente al ejercicio de la patria potestad que comparten ambos progenitores.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ OLALLA, M^a P.: “Última jurisprudencia del TS en materia de Custodia Compartida”, *Revista Doctrinal Aranzadi*, Civil- Mercantil, núm. 3/2018.

CAÑIZARES LASO, A y DE PABLO CONTRERAS, P.: *Código Civil Comentado*, vol. I, Civitas, mayo 2016.

CONTRERAS ROMERO, J.: *Aspectos básicos de la ley valenciana de custodia compartida*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “¿Qué es lo que queda del Derecho civil valenciano en materia de familia?”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 31, 2017.

DOMÍNGUEZ OLIVEROS, I.: *¿Custodia Compartida Preferente o Interés del Menor?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

GONZÁLEZ DEL POZO, J.P.: “Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar ante la falta de acuerdo de los progenitores en la llamada Ley de Custodia Compartida de Aragón”, *Diario La Ley*, núm. 7537, 2010.

IGLESIAS MARTIN C.R.: *La custodia compartida. Hacia una corresponsabilidad en plano de igualdad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MARTINEZ CALVO, J.: *La guardia y custodia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MARTINEZ SANCHIS, N.: “La guardia y custodia compartida en el derecho autonómico. Estado actual de la cuestión”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 5-1, 2016.

ROMERO COLOMA, A.: “Conflictos derivados del ejercicio de la patria potestad”, *Revista Aranzadi*, Doctrinal núm. 4/2015.

ROMERO COLOMA, A.: “La guarda y custodia compartida no solicitada por los progenitores: la adopción de la medida y su problemática jurídica”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 863/2013.

PANIZA FULLANA, A.: “La modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio”, *Revista Doctrinal Aranzadi*, Civil-Mercantil, núm. 8/2015.

PINTO ANDRADE, C.: “La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y factores para su atribución”, *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 9, Año 2015, junio-diciembre, pp. 143-175.