



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultade de Dereito

Trabajo de
fin de grado

La custodia
compartida:
requisitos y
legislación aplicable

María Teresa Neira Fernández

Tutor: Antonio Legerén Molina

**Grado en Derecho y Grado en Administración y Dirección
de Empresas**
Año 2015

Trabajo de Fin de Grado presentado en la Facultade de Dereito de la Universidade da Coruña para la obtención del
Grado en Derecho

ÍNDICE

Supuesto de hecho.....	página 2
Cuestión 1.....	página 6
1.1.....	página 6
1.2.....	página 8
1.3.....	página 9
1.4.....	página 10
Cuestión 2.....	página 12
2.1.....	página 12
2.2.....	página 12
2.3.....	página 15
Cuestión 3.....	página 18
3.1.....	página 18
3.1.a).....	página 22
3.1.b).....	página 23
3.2.....	página 25
3.3.....	página 26
Cuestión 4.....	página 28
4.1.....	página 28
4.2.....	página 29
4.3.....	página 31
4.4.....	página 33
Cuestión 5.....	página 35
Cuestión 6.....	página 37
6.1.....	página 37
6.2.....	página 38
Cuestión 7.....	página 40
7.1.....	página 40
7.2.....	página 41
Bibliografía.....	página 42
Apéndice jurisprudencial.....	página 44

Supuesto de hecho.

Isabel López y Pedro García, residentes en Madrid, contrajeron matrimonio en régimen de gananciales el 10 de agosto de 1999 en Cullera, provincia de Valencia. Fruto de esa unión nacieron tres hijos: Pedrito, el 10 de octubre de 2000; Isabelita, el 25 de marzo de 2003 y Carmen, el 15 de junio de 2008. Tras la existencia de múltiples desavenencias conyugales deciden, en el mes de septiembre del año 2014, finalizar su matrimonio.

Isabel nació en Cullera y residió en ella hasta el momento de contraer matrimonio. Cursó estudios secundarios y realizó un programa de formación profesional en otro centro de Cullera, obteniendo el título de técnico en administración de empresas. Su experiencia laboral es escasa, limitándose a algunos trabajos esporádicos de baja estabilidad.

Pedro es oriundo de Calanda, provincia de Teruel. Cursó estudios superiores en Zaragoza y es licenciado en Economía por la Universidad de Zaragoza. Tras terminar la carrera trabajó en dos pequeñas empresas de la capital aragonesa, durante un periodo total de tres años. Finalmente, accedió a un puesto muy bien remunerado en una multinacional de seguros en Madrid. Pese a haber vivido siempre en Aragón, se trasladó con su esposa a la capital.

En Madrid nacen sus tres hijos: Pedrito, Isabelita y Carmen que cursan estudios obligatorios en un colegio madrileño. Este colegio es privado y cuesta mensualmente 400 euros por cada hijo, beneficiándose de un descuento por ser familia numerosa.

Los niños van al colegio cada mañana en coche con su padre, quien acostumbra a dejarlos en el centro casi todos los días de camino a su trabajo, exceptuando aquellos pocos en los que por motivos laborales se encuentra fuera de la ciudad. En esos días es Isabel quien lleva a los niños al colegio. Suele hacerlo empleando para ello el vehículo familiar.

Además de su escolarización obligatoria, los hermanos realizan otras actividades: Pedrito juega al baloncesto en el equipo de su centro educativo, Isabelita es alumna de violín en el conservatorio y Carmen dedica varias tardes a la semana a la práctica del ballet en la misma institución. Estas clases suman en total un coste de 100 euros mensuales.

La trayectoria profesional de la pareja ha sido bastante dispar. Desde el traslado de su residencia a Madrid, Isabel prácticamente no ha trabajado, siendo irrelevante el montante total de dinero obtenido como rendimiento de sus actividades laborales. Su dedicación principal ha sido el trabajo doméstico, ocupándose del cuidado del hogar y de su familia. Pedro, por su parte sigue trabajando en la misma multinacional que le hizo trasladarse a Madrid hace más de una década. Ha ido ascendiendo dentro de ella y actualmente cobra alrededor de 3500 € mensuales, siendo responsable de un equipo de 20 personas. En ocasiones su trabajo le exige viajar, pero estos desplazamientos no le obligan a estar fuera de su hogar más de dos noches al mes.

En los últimos meses, Isabel ha manifestado en repetidas ocasiones su voluntad de encontrar un empleo, preferiblemente a tiempo parcial, para poner en práctica los

conocimientos que adquirió durante su formación y vivir una experiencia enriquecedora que además mejore la situación económica de su familia. Pedro gana un sueldo bastante elevado y en su hogar no se pasan estrecheces, pero Isabel considera igualmente positivo contribuir de esta manera al sostenimiento de los gastos. Los tres hijos de la pareja, a los que se dedicó profundamente los últimos años, no requieren ya de atenciones constantes, y considera que Isabelita tiene ya la edad y madurez suficientes como para poder hacerse cargo de sí misma y de su hermana pequeña en sus trayectos vespertinos al conservatorio, que, afortunadamente acostumbran a ser bastante coincidentes. Esto le dejaría bastante tiempo libre que podría dedicar a una actividad laboral.

Por medio de algunas de sus amistades le ha surgido la oportunidad de comenzar a trabajar a media jornada como dependienta en una tienda de moda. A Isabel le entusiasma esta idea, que aún no tiene fecha de puesta en práctica definitiva. Desde que la idea de romper la relación con Pedro empezó a cobrar fuerza, se siente cada vez con más ganas de empezar esta andadura profesional.

Por otra parte, esta familia posee diversos bienes. En primer lugar, la vivienda familiar: un piso situado en un barrio popular de la capital de 110 m², que adquirió Pedro individualmente, pagando al contado su precio pocos meses antes de contraer matrimonio, valiéndose para ello del dinero que había ahorrado durante los años que trabajó en Zaragoza. Debido al precario estado de conservación en el que se encontraba el inmueble en aquel momento, únicamente pagó por ella 12 millones de pesetas. La reforma, que costó 6 millones de pesetas, fue sufragada a plazos mensuales que terminaron de ser satisfechos en el año 2004.

Además de la vivienda, la familia es propietaria de un vehículo de marca Volkswagen modelo Tiguan que fue adquirido en el año 2011. Este vehículo se estaciona de manera habitual en un garaje situado en el edificio colindante al que habita la familia. La plaza, en régimen de alquiler, cuesta 75 € mensuales. El matrimonio posee también dos cuentas bancarias conjuntas en el Banco de Santander. En la primera de ellas hay depositados 15000€ y en la segunda 2300€. La más cuantiosa constituye un depósito a plazo fijo, la segunda es una cuenta de ahorro clásica. Por su parte, Pedrito, Isabelita y Carmen también tienen sus cuentas infantiles en el mismo banco. Poseen respectivamente 300, 350 y 50 euros.

Mientras que los padres de Isabel gozan de buena salud y siguen viviendo en su pueblo natal, no sucede lo mismo con doña Angustias, la madre de Pedro. Ella enviudó de manera repentina a finales año 2011. Esta circunstancia le hizo caer en una profunda depresión de la que no parecía recuperarse. Meses después, su hijo, en un intento por animarla, le propuso trasladarse a la capital de España con Isabel y sus hijos. Desde entonces doña Angustias, maestra jubilada de 79 años que cobra una pensión de 1100 € mensuales, ocupa una de las habitaciones de la casa familiar y contribuye a los gastos comunes de la familia.

En esos cuatro años, la relación de la pareja se ha resentido notablemente. Los motivos principales de discusión son por una parte, el tiempo que Pedro dedica a su trabajo, que Isabel considera excesivo.

Por otra, el modo de educar a sus hijos. Isabel y Pedro han discutido en numerosas ocasiones por este tema, ya que ella considera que él es demasiado estricto; mientras él piensa que ella es demasiado blanda. La relación entre Angustias e Isabel nunca ha sido del todo buena, y a esta última le molesta sobremanera que la primera se inmiscuya constantemente en materias de la educación de sus tres nietos, sobre todo desde que convive con ellos.

El otro tema de discusión principal de la pareja, los horarios laborales de Pedro, ha desembocado en varias ocasiones en altercados verbales. Pese a que Pedro no pasa demasiados días al mes fuera de casa, sus horarios de trabajo son muy extensos, regresando a casa en ocasiones cerca de medianoche. Isabel le reprocha que a causa de esto pase poco tiempo con ella y con sus hijos, sobre todo con la pequeña, quien se acuesta más temprano que sus hermanos y hay días en los que no llega a verla despierta.

En cuanto a la relación de los padres con los hijos cabe señalar que tanto Pedrito como Isabelita se llevan mucho mejor con su padre que con su madre, siendo la postura de Carmen, más neutral. Los hijos mayores, casi adolescentes, viven a menudo situaciones algo tensas con su madre. Ninguno de los dos ha demostrado nunca mal comportamiento en el colegio, y tanto las personas de su entorno como los padres de sus compañeros los consideran simpáticos, tranquilos y educados. Tanto Pedrito como Isabelita acusan a su madre de tener muy poca paciencia con ellos y de recibir gritos y regañinas constantes ocasionadas por acciones irrelevantes llevadas a cabo por ellos. Ambos quieren mucho a su madre, pero en ocasiones su carácter les satura, lo cual unido a lo complicado de su edad desemboca en discusiones entre ellos; aunque de tono en todo caso bastante más suave que las que suceden entre el todavía matrimonio.

El trato de Pedrito e Isabelita con su padre es notablemente mejor. Por un lado, comparten aficiones con él, pues sabe tocar el violín como su hija y es un gran aficionado al baloncesto como su hijo. Por otro, Pedro tiene un carácter mucho más calmado que su mujer y más parecido al de sus hijos, lo cual hace que estos en muchas ocasiones compartan confidencias con él. Carmen, todavía bastante pequeña, es una niña con buen comportamiento que ocupa sus ratos libres en jugar y que no participa en las discusiones que involucran a sus hermanos con su madre.

Por otra parte, pese a los enfrentamientos entre Isabel y Pedro, el hogar no es especialmente conflictivo, aunque, como se ha señalado anteriormente, la relación entre Pedro e Isabel ha empeorado en los últimos años. Las discusiones entre la pareja son diarias y constantes, llegando a menudo a gritarse y, a veces, incluso a insultarse. Han intentado en repetidas ocasiones poner freno a esta situación, pero con el transcurso del tiempo han comprobado como sus afinidades no son capaces de compensar sus diferencias. Se han dado cuenta de que no disfrutan mutuamente de la compañía del otro. Desde un primer momento les preocupó que sus tres hijos sufrieran algún tipo de daño psicológico como consecuencia de su separación, por lo que inicialmente acordaron procurar que todo el proceso se desarrolle de la manera más calmada posible.

La promesa inicial de que todo se desarrollaría de la manera más civilizada tuvo poca duración. En un primer momento, antes de requerir ningún tipo de servicio

jurídico, acordaron seguir compartiendo la vivienda familiar hasta que hubieran recibido la opinión de un profesional. Para evitar los conflictos durante esta etapa, y por el bien de sus hijos y la tranquilidad de doña Angustias, decidieron que su contacto se reduciría al imprescindible, para evitar así discutir.

Sin embargo, a los pocos días de comenzar esta nueva dinámica, Isabel y Pedro tuvieron una fuerte discusión, debido a que este último volvió del trabajo a las dos de la madrugada. Pedro, que desde la ruptura de la relación sentimental compartía habitación con su madre, entró sigilosamente en la vivienda. Isabel le estaba esperando para recriminarle su actitud y se produjo una fuerte discusión. Durante la refriega, Isabel sugirió a Pedro que abandonara el domicilio familiar, y le señaló una maleta con la finalidad de que introdujera en ella enseres de primera necesidad y abandonara la casa. Pedro, apartó la maleta de su lado pero desafortunadamente la maleta impactó contra el hombro derecho de Isabel, quien tras sufrir el golpe se trasladó a un centro médico aquejada de un fuerte dolor, que fue diagnosticado como una luxación en dicha articulación. Pedro abandonó ese mismo día el hogar familiar y se trasladó pocos días después con su madre a una vivienda alquilada situada a dos calles del domicilio familiar, cuya renta supone un coste de 600 euros al mes.

Tras su visita al hospital por el episodio de la maleta, Isabel decide presentar una denuncia contra Pedro como consecuencia del golpe recibido. El juicio no ha tenido aún lugar.

1) A partir de los hechos descritos, ¿concurren los requisitos exigidos para que Isabel presente demanda de separación o directamente puede solicitar el divorcio?

1.1. Separación de hecho

En primer lugar procede hacer una aclaración acerca del concepto de separación, pues existen dos tipos diferentes, la de hecho y la judicial.

Por lo que se refiere a la separación de hecho consiste, simple y llanamente, en que los cónyuges dejen de vivir juntos, sin que sea entonces necesario un pronunciamiento judicial. Ello no impide que pueda existir un acuerdo entre los cónyuges, incluso en documento público. Para que una situación sea considerada como de separación de hecho tienen que darse las dos siguientes circunstancias: que el cese de la convivencia sea temporal o indefinido y que en el matrimonio la voluntad de vivir juntos haya desaparecido.

Estos dos requisitos se cumplen sin ningún género de duda en el presente caso, Isabel y Pedro se encuentran actualmente en una situación que puede ser calificada como de separación de hecho, han dejado de convivir y no parecen tener inicialmente voluntad de volver a habitar bajo el mismo techo, como confirma el hecho de que Pedro haya abandonado el domicilio familiar y se haya establecido en otra vivienda. Dado que hace sólo unos meses desde que Pedro ha dejado el domicilio familiar para vivir en otro piso, la situación, pese a ser estable, podría no llegar a ser definitiva.

Dentro de la separación de hecho cabe hacer una subdivisión: puede ser unilateral o de mutuo acuerdo. En cualquier caso resulta importante tener en cuenta que la separación no supone abandono de familia si no se dejan de cumplir los deberes de la patria potestad o de prestar la asistencia legalmente establecida. Cabe resaltar en este punto que el abandono de familia es un delito tipificado en el artículo 226 del Código Penal, en el que se considera autor de este delito a la persona que *“dejar de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados”*, y se puede comprobar cómo no es la situación descrita en los hechos del caso. En efecto, no parece que en este caso ninguno de los dos cónyuges esté incurriendo en alguna de estas situaciones, de modo que no se produciría aquí una situación de abandono de familia: Isabel sigue ocupándose de sus hijos como ha venido haciendo hasta ahora y Pedro parece seguir encargándose de los tres menores y manteniendo una buena relación con ellos.

La separación de hecho produce determinados efectos civiles, como los siguientes:

a) Suspensión de la presunción de paternidad (artículo 116 del Código Civil): *“Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges”*.

De acuerdo con los hechos descritos, no parece que esta previsión vaya a ser de

aplicación en este caso, ya que Isabel no ha manifestado en ningún momento el estar embarazada.

b) Atribución de ejercicio de patria potestad a uno de los cónyuges (artículo 156 del Código Civil): *“La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad”*.

Existen dos posibilidades básicas para el ejercicio de la patria potestad que se señalan en el primer apartado de este artículo y que no se refieren específicamente a situaciones de crisis matrimonial como la planteada: la conjunta y la individual.

Es importante no confundir los conceptos de patria potestad y custodia. El primero de ellos consiste en el conjunto de derechos y deberes que los padres tienen para el cuidado y la protección de sus hijos, mientras que el segundo se refiere a la convivencia existente entre los hijos y los padres, que en la práctica totalidad de los casos se ejerce o conjuntamente o por uno de ellos en exclusiva, dándose también la posibilidad de su ejercicio por parte de un tercero.

“En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrán acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años”.

Es importante la puntualización realizada por este apartado acerca de la edad y la madurez necesarias para que la opinión de los hijos sea tenida en cuenta, dado que de entre los hijos de este matrimonio, sólo el mayor, Pedrito, cumpliría el requisito de edad, sin embargo, la mediana Isabelita, podría probablemente tener el juicio suficiente como para que su parecer fuera valorado.

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

Es en este último apartado en donde se hace referencia concreta a las situaciones de crisis matrimonial, señalando las diferentes alternativas que se pueden tomar acerca de la custodia. La patria potestad puede ser entonces atribuida a Isabel o a Pedro en solitario, a ambos de manera conjunta o distribuyéndose las diferentes parcelas que la componen entre ambos. Lo relativo a los aspectos relacionados con la custodia será tratado posteriormente en este mismo texto, en los concretos apartados que hacen referencia tanto a la modalidad exclusiva de esta institución como a la modalidad compartida.

c) Derechos sucesorios (artículo 834 del Código Civil): *“El cónyuge que al*

morir su consorte no se hallase separado de éste judicialmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora.”

De este artículo se desprende que, independientemente de cuál sea la modalidad de separación, si esta ha tenido lugar, no podrá ninguno los cónyuges heredar del otro. El concepto de “tercio destinado a mejora” se refiere a la parte de la legítima (uno de los dos tercios del caudal hereditario que la componen) sobre la que el testador puede disponer libremente, teniendo así la posibilidad de dejar en posiciones diferentes a sus legitimarios (artículo 823 del Código Civil).

d) Régimen económico matrimonial (artículo 1388 del Código Civil) : *“Los Tribunales podrán conferir la administración a uno solo de los cónyuges cuando el otro se encontrare en imposibilidad de prestar consentimiento o hubiere abandonado la familia o existiere separación de hecho”.*

Se presenta entonces la posibilidad de atribución a Isabel o Pedro a título individual de la facultad de administrar del régimen económico que rige al matrimonio.

La separación de hecho termina bajo diversas circunstancias. Una de ellas es la disolución del matrimonio y otra la reconciliación de los cónyuges; además es posible su finalización mediante su conversión en separación judicial, figura jurídica que será explicada a continuación.

1.2. Separación judicial

La separación judicial es el resultado de un pronunciamiento judicial que se produce si se cumple alguno de los siguientes requisitos de solicitud (artículo 81 del Código Civil):

- Ambos cónyuges presentan una propuesta de convenio regulador.
- Uno de los cónyuges con consentimiento del otro presenta una propuesta de convenio regulador.
- Uno de los cónyuges sin acuerdo con el otro realiza una propuesta de medidas.

La legitimación para poder presentar estas acciones es personalísima, de modo que recae únicamente en los cónyuges. El plazo mínimo para poder realizar estos actos procesales es de tres meses desde la fecha de celebración del matrimonio, salvo en los supuestos en los que el artículo 81 Código Civil señala que el plazo no será de aplicación: *“cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio”.* Podría valorarse incluso la hipotética posibilidad de ser de aplicación la norma especial de la carencia de plazo, dado el desgraciado incidente doméstico entre Pedro e Isabel que terminó con esta en urgencias.

Es decir, tanto Isabel como Pedro conjuntamente, como uno de ellos consintiéndolo el otro, o uno de ambos de forma independiente; pueden iniciar este

procedimiento de separación judicial. El requisito básico que establece el Código Civil lo cumplen sobradamente, ya que el tiempo de duración de su matrimonio es muy superior a tres meses.

Antes del cambio legislativo en esta materia producido en el año 2005 (Ley 15/2005), la separación judicial estaba conceptuada como un requisito y un paso previo necesario antes del divorcio. Ahora es únicamente una figura jurídica más que puede desembocar o no el divorcio, y que consiste en permitir la existencia de vínculo matrimonial produciéndose una cesación de la convivencia, pero que no se exige como paso previo a él, por lo que ha perdido parte de su razón de ser desde entonces. El Juez no decide, dedicándose únicamente a la comprobación de requisitos, valorando que el convenio regulador presentado sea justo y equitativo, y a dar fe de la situación. Es además obligatoria la intervención del Ministerio Fiscal.

A pesar de la pérdida parcial de sentido de la separación judicial, sigue teniendo efectos, ya que se suspende la vida en común, cesa la vinculación de bienes en ejercicio de la potestad doméstica y los deberes de los cónyuges se ven matizados. Al no haber desaparecido el vínculo matrimonial, es posible que la reconciliación ponga fin a la situación de separación judicial, siendo necesaria la concurrencia de una voluntad de reanudar la convivencia y el hecho de que esta voluntad esté ausente de vicios (artículo 84 del Código Civil: *“la reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él, pero ambos cónyuges separadamente deberán ponerlo en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio. Ello no obstante, mediante resolución judicial, serán mantenidas o modificadas las medidas adoptadas en relación a los hijos, cuando exista causa que lo justifique”*). Nada impide entonces que sea la fórmula por la que Isabel y Pedro opten a la hora de tratar esta situación de crisis en su vínculo matrimonial, por lo que es perfectamente posible y razonable que en este caso sea la opción elegida, dado que cumplen lo establecido para poder iniciar este procedimiento.

1.3. El divorcio

El divorcio, por su parte, es una de las tres causas de disolución del matrimonio, junto a la muerte y la declaración de fallecimiento, tal y como establece el artículo 85 del Código Civil. Es una figura que consiste en la disolución formal de carácter judicial del vínculo matrimonial. Fue instaurado en España por primera vez en la Segunda República, siendo suspendido durante los años de la dictadura franquista y vuelto a recuperar en 1981, con la Ley 30/1981, que rige sus bases. Más de veinte años, después, la Ley 15/2005 modificó algunos aspectos concernientes al divorcio en el Código Civil, suponiendo el último cambio legislativo al respecto.

A partir de esta modificación legal, y en gran contraste con la regulación existente anteriormente, no es necesaria la alegación de causa alguna para poder presentar una demanda de divorcio. Basta con la voluntad de uno de los dos cónyuges, ya que la demanda se puede presentar de forma unilateral, siendo necesario además el cumplimiento del mismo plazo desde la celebración del matrimonio que para la separación (tres meses, no aplicándose este plazo en las mismas situaciones que se contemplan para la separación judicial). La acción es personalísima. Si es

presentada por ambos o por uno de los cónyuges con consentimiento del otro, se realizará una propuesta de convenio regulador; en el caso de que sea presentada de forma unilateral, se hará una propuesta fundada de medidas que regulen los efectos del divorcio. La propuesta fundada de medidas se presentará entonces en los casos contenciosos, regulando estas lo derivado del proceso; mientras que el convenio es propio de los procesos de mutuo acuerdo, estando su contenido mínimo establecido legalmente (artículo 90 del Código Civil), teniendo que versar sobre las relaciones económicas y medidas respecto de los hijos que resulten del proceso.

A la hora de presentar una demanda de divorcio la forma en la que se haya celebrado el matrimonio, civil o religiosa, no tiene ninguna implicación, ya que es posible su tramitación cualquiera haya sido esta, en este caso religiosa. La única exigencia existente en lo relativo a la presentación de la demanda es un plazo, coincidente con el exigido para la separación judicial, tres meses como norma general, con la posibilidad de no ser este plazo de aplicación en aquellos casos en los que exista riesgo para la vida o la integridad moral del cónyuge que lo solicita.

Teniendo en cuenta la fecha en la que se producen los hechos del caso, en el otoño de 2014, Isabel puede presentar directamente la de divorcio. Se cumplen todos los requisitos necesarios para ello: Isabel y Pedro llevan casados más de tres meses y se conoce que existe voluntad de poner fin al matrimonio que les une. Ahora, de optar por el divorcio, tendrá que determinarse la forma en la que el trámite procesal se llevará a cabo, si lo hace Isabel unilateralmente, o con consentimiento de Pedro o si la presentan de manera conjunta.

Los efectos de la sentencia de divorcio son, tal y como establece el artículo 89 del Código Civil la disolución del matrimonio: *“La disolución del matrimonio por divorcio sólo podrá tener lugar por sentencia que así lo declare y producirá efectos a partir de su firmeza. No perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de su inscripción en el Registro Civil.”* La sentencia por lo tanto modificará el estado civil de Isabel y Pedro, que pasan de estar casados a estar divorciados desde que esta sea firme. Hay que señalar además que se contempla la posibilidad de reconciliación entre los cónyuges, pero únicamente surtiría efecto de producirse antes de la sentencia, tal y como se señala el artículo 88 del Código Civil: *“la reconciliación posterior al divorcio no produce efectos legales, si bien los divorciados podrán contraer entre sí nuevo matrimonio”*.

1.4.Recomendación

La recomendación que se les hace a estos cónyuges pivota sobre la vocación de permanencia que consideren que tiene su situación. Actualmente se encuentran sin ningún género de duda en la primera de las modalidades explicadas, la separación de hecho. La convivencia entre ellos ha cesado y existe el planteamiento de poner fin a su matrimonio. Es en este punto en el que deberían optar por una de las figuras contempladas por el ordenamiento. Explicados anteriormente los efectos de cada una de ellas, en sus manos se encuentra decidir si quieren darle un carácter irrevocable a la situación, optando por el divorcio, o no, decantándose por la separación, o incluso por la reconciliación, si en algún momento posterior lo encuentran oportuno, ya que en el momento presente no parece muy viable.

Los cónyuges han de tener en cuenta en todo caso, que, tal y como señala el artículo 102 del Código Civil, una vez que la demanda de separación o divorcio sea admitida a trámite podrán vivir separadamente y la presunción de convivencia conyugal se termina. Esta primera consecuencia tiene menos virtualidad que las otras en este caso concreto, debido a que los cónyuges ya se encuentran separados de hecho y no conviven, como ya se ha señalado. Además, los consentimientos y poderes que se hubieran otorgado entre sí quedan revocados. Por último, la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge a la potestad doméstica también llega a su fin, (artículo 83 del Código Civil).

En conclusión, la decisión queda a voluntad de los cónyuges, ya que se ha comprobado que se cumplen los requisitos para que una demanda de separación pueda ser presentada y también es posible la solicitud directa del divorcio.

2) Isabel solicita tener la custodia exclusiva de sus tres hijos. ¿Qué razones o argumentos justificarían su petición?

2.1. Importancia superior del interés del menor

Existen diversos criterios que se tendrán en cuenta a la hora de atribuir la guarda y custodia a uno u otro cónyuge, pero en todo caso el Juez habrá de atender al interés del menor, que será prevalente sobre el de los padres, tal y como señala el artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor “*primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*” lo cual también se señala en el artículo 159 del Código Civil (“*el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos*”).

La determinación del interés del menor puede ser en algunos casos complicada, por lo que existen algunos criterios a tener en cuenta a la hora de determinar con qué persona el menor se encuentra en una situación más adecuada. A este respecto, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de mayo de 2010 (JUR 2010\258780) señala que en la resolución judicial se tendrá que atender a “los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente los elementos individualizados como criterios orientadores” se habrán de tener en cuenta además, según lo recogido por la sentencia, las necesidades de atención y cariño, las de alimentación, educación, ayuda escolar, desahogo material, sosiego y la presencia de un clima de equilibrio para el desarrollo de los menores, contando con las pautas de conducta de su entorno y sus progenitores, el buen ambiente que les pueda ser ofrecido, los afectos y relaciones con ellos; sobre todo en el caso de existir un rechazo o una especial identificación con alguno de los padres. Pautas de decisión similares a estas acabadas de citar podrían ser tenidas en cuenta en este caso para la determinación del interés de los menores Pedrito, Isabelita y Carmen.

2.2. Criterios tenidos en cuenta para la atribución de la custodia

Una vez aclarado este punto importante acerca del papel central de los hijos en el proceso, hay que hacer referencia a la existencia de diversos criterios que pueden ser tenidos en cuenta por el Juez a la hora de determinar a cuál de los padres se le concede la custodia de los hijos. En la obra “Ejercicio de la Patria Potestad cuando los Padres No Conviven”¹, se señalan los siguientes:

a) La opinión del menor, que no será vinculante para el Juez, aunque deberá tenerla en consideración. Podría darse el caso de que la custodia del menor terminara siendo otorgada a aquel progenitor que él no ha, en cierto modo, preferido.

A este respecto, el artículo 159 del Código Civil señala lo siguiente: “*Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre*

¹ RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F. *Ejercicio de la Patria Potestad cuando los Padres No Conviven*. Thomson Reuters. Cizur Menor, 2011, pp. 99-113.

en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años”.

En el presente caso, la opinión de Pedrito, a causa de su edad; y de Isabelita, en relación a su madurez, podrán ser tenidas en cuenta. La de Carmen no, como consecuencia de su corta edad.

b) Mantenimiento del *status quo*, tratar de tener una situación lo más parecida posible a la que se producía con anterioridad a la llegada de la crisis matrimonial.

Se intentará que los tres menores implicados en esta situación de crisis matrimonial vean afectadas sus vidas y rutinas lo menos posible. Por ejemplo, es Pedro quien se encarga de llevar por las mañanas a sus hijos al colegio, en el caso de que la custodia le fuera concedida a su todavía mujer él podría seguir siendo responsable de esta actividad.

c) Procurar no separar a los hermanos. Este criterio se encuentra bastante ligado al anterior, entendiéndose que mantener al grupo de hermanos unido favorece a la conservación de una situación similar a la existente previamente.

El artículo 92.5 del Código Civil recoge este criterio de procurar no separar a los hermanos señalando su apreciación para los casos de guarda conjunta, pudiendo ser de aplicación también en otros supuestos, como ha dictaminado el Tribunal Supremo en la sentencia de 21 de octubre de 2012 (RJ 2012\9727).

Se intentará por todos los medios que los pequeños Pedrito, Isabelita y Carmen sigan conviviendo, por los beneficios para su bienestar derivados de ello, además de por la buena relación que mantienen entre sí.

d) Alcoholismo y drogodependencia y enfermedad mental. Evidentemente, se otorgará preferentemente la guarda y custodia de los hijos a aquel progenitor que no presente estas adicciones que pueden interferir notablemente en el desarrollo de los menores. El abandono de estos hábitos perniciosos puede suponer un cambio en la decisión. Paralelamente, una enfermedad mental grave padecida por uno de los progenitores supone un obstáculo para que la custodia le sea concedida. En este caso no se producen estas circunstancias.

e) Disponibilidad horaria de los padres. Generalmente se considera que aquel que goce de una mayor disponibilidad horaria para hacerse cargo de los menores tendrá más fácil la obtención de la custodia, ya que se ocupará personalmente de los hijos durante más tiempo, recurriendo en menor medida a otros familiares, personas cercanas o empleados. Sin embargo, esto no está exento de matizaciones, ya que existe jurisprudencia en la que se ha concedido la custodia a padres con peor disponibilidad horaria como se puede observar en la sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de 16 de octubre de 2006 (JUR 2007\1346).

A lo largo del texto queda notablemente claro que Isabel tiene una disponibilidad horaria mayor que la de Pedro para atender a las necesidades de sus hijos, por lo que este punto jugaría a su favor. Ella no trabaja por el momento, y su

previsión es iniciar una actividad laboral a media jornada. Estos tiempos contrastan con las extensas jornadas laborales a las que Pedro se enfrenta muchos días, que le hacen regresar a su hogar bastante tarde.

Bien es cierto que los niños no son pequeños y que hay algunas actividades que pueden realizar ya de manera autónoma o ayudándose entre sí, y que pasan muchas horas al día fuera del domicilio familiar a causa de sus obligaciones escolares y de las actividades complementarias que realizan. Es decir, aunque sean menores que necesitan ser guiados y ayudados por un adulto que les proporcione una educación, unos valores y una infraestructura que les permita desarrollarse, no necesitan de atenciones constantes. Pese a que el trabajo de Pedro le conceda unas horas libres al día mucho más limitadas que las de Isabel, él convive en la actualidad con su madre, la abuela de los niños, la cual podría prestarle su ayuda aquellos días en los que su jornada laboral fuera más extensa. De todo esto se extrae que en lo relativo a esta circunstancia tanto Isabel como Pedro podrían encontrar argumentos a su favor.

g) Capacidad para permitir una adecuada relación entre el hijo y el otro progenitor. Para que los hijos puedan seguir teniendo contacto y una efectiva relación con sus dos progenitores no sería adecuada la concesión de la custodia al progenitor que impidiera la realización de este contacto y el mantenimiento de esta relación.

Aun estando claro que la relación entre Isabel y Pedro se encuentra deteriorada y han tenido lugar algunos incidentes entre ellos, no se tiene noticia de que ninguno de ellos pretenda privar a los tres hijos que tienen en común de contacto con el otro.

h) Creencias religiosas, ideológicas o similares de los padres. Es positivo que exista una proximidad en estos aspectos entre el guardador y el menor. No consta que en este caso exista oposición o divergencia al respecto.

i) Posición social y estabilidad económica de los padres. Pese a la existencia de este criterio no conviene perder de vista el hecho de que no tiene por qué proporcionarle mayor bienestar al hijo el progenitor que tenga una situación económica más desahogada, y que las deficiencias patrimoniales pueden ser solucionadas mediante la pensión alimenticia.

j) Otras circunstancias. En esta categoría se pueden incluir situaciones como la convivencia del progenitor con otra persona que pueda suponer un hipotético riesgo para el menor, la forma vida desordenada de alguno de los progenitores, la edad de los hijos (tradicionalmente se solía conceder la custodia de los niños muy pequeños a las madres) o los modelos educativos de los padres. Como se ha señalado anteriormente, la decisión deberá ser tomada basándose en el bienestar de los hijos.

No se tiene noticia de que Isabel o Pedro tengan otra pareja sentimental en este momento, y la otra persona que convive con Pedro es la abuela de los niños que también contribuye a su educación. Ninguno de los dos progenitores lleva una vida desordenada con hábitos inadecuados que puedan influir negativamente en los niños y tampoco ninguno de los pequeños tiene una edad demasiado reducida (ninguno de ellos es lactante, por ejemplo, lo cual obligaría casi necesariamente a que la custodia le fuera otorgada a la madre). Los modelos educativos de los padres sí que se diferencian, ya que se conoce que Isabel es más laxa que Pedro con sus hijos, aunque

las pautas de ambos parecen estar enmarcadas en la normalidad de los usos sociales al respecto.

Además de las anteriormente enumeradas, el Código Civil en el artículo 92.6 se señala que se tendrá que tener en cuenta la *“relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos”*.

Por último, parece oportuno realizar una puntualización respecto de la concesión de la custodia, y es que es importante tener en cuenta que su concesión a uno u otro cónyuge no es consecuencia de un premio o castigo derivada de su comportamiento. Es decir, la concesión de la custodia total a Isabel no sería constitutiva de un reconocimiento para ella por haberse ocupado durante más tiempo de sus hijos que Pedro, ni un castigo para este por haber estado trabajando muchas horas y ausente por lo tanto de su hogar. Todas las actuaciones estarán encaminadas a buscar la mejor solución posible para el bienestar de los hijos. Esta idea acerca de la concesión de la custodia se recoge en la sentencia de 29 de abril de 2013 del Tribunal Supremo (RJ 2013\3269).

2.3.La solicitud de Isabel

Tras producirse una situación de crisis matrimonial y cesar la convivencia entre los cónyuges, la patria potestad adquiere una dimensión separada de la convivencia². Aunque ambos cónyuges conserven la patria potestad y esta sea conjunta, la custodia puede ser atribuida a uno solo de ellos, teniendo el otro un derecho de visitas sobre los hijos.

Respecto a este derecho de visita se puede hacer referencia al anteriormente citado artículo 159 del Código Civil y a los artículos 94 (*“El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho...”*) y 160 del mismo texto, referido a aquellos padres que no ostenten la patria potestad.

Los argumentos principales que podrían ser esgrimidos por Isabel a la hora de intentar que la custodia total le sea concedida se basan en la escasa disponibilidad horaria de Pedro para hacerse cargo de sus hijos. Mientras ella se dedica en exclusiva al cuidado del hogar y de la familia, él trabaja muchas horas al día, lo cual le deja muy poco tiempo libre para cualquier actividad que no sea la laboral (organización doméstica, cuidado de los hijos o cualquier otra ocupación, como el ocio). El trabajo que parece haber encontrado Isabel no le ocuparía demasiado tiempo, ya que al ser sólo de media jornada (alrededor de cuatro horas diarias), seguiría teniendo bastante tiempo disponible para dedicarlo a las ocupaciones que venía desarrollando hasta ahora.

La experiencia que tiene Isabel a lo largo de más de una década llevando una casa y cuidando a varios niños le otorga una posición de ventaja frente a su marido,

² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Derecho de Familia*, Bercal, Madrid, 2013, p. 108.

quien durante este tiempo ha delegado en ella de forma prácticamente total estas actividades. Él parece que no piensa solicitar la custodia total de los pequeños, instando únicamente la concesión de la modalidad compartida, de cuyo tratamiento se hablará posteriormente. Se plantea entonces que por su modo de vida y sus horarios no se puede ocupar a tiempo completo de sus hijos o que hacerlo le sería bastante complicado.

Si se atiende al criterio del mantenimiento del *status quo* es fácil considerar que sea Isabel quien tenga la custodia total de los niños. Es con ella con quien a diario conviven más tiempo. Durante los días lectivos es la persona con la que más han convivido a lo largo de su corta vida y con quien más contacto tienen, por lo que la alteración sería mínima.

No se sabe cuál será la opinión de los menores cuando se les pregunte sobre ello. Podrán ser tenidas en cuenta las opiniones de los hijos mayores, ya que la de la pequeña carecería virtualmente de validez al tener sólo seis años. Se sabe que Pedrito e Isabelita tienen una relación mejor con su padre, pero también que no tienen una mala relación con ninguno de los dos. Esta información puede ser fácilmente interpretable, ambos están en edades próximas a la adolescencia, en las que las relaciones de los menores con aquellas personas que se encargan de su educación se resienten en mayor o menor medida. A su edad buena parte de los muchachos rechazan en ocasiones la autoridad de las personas que les ponen normas y se producen algunas discusiones. Estos niños pasan muchísimas más horas con su madre que con su padre, con el que parecen compartir casi exclusivamente momentos de ocio. Es normal que se produzcan más roces con una persona con la que conviven más tiempo y que tiene que encargarse de tareas menos cautivadoras que la práctica del deporte y la música; es más fácil que una madre se enfade con sus hijos para que estos colaboren en las tareas del hogar, que en medio de la realización de aficiones comunes. Al hilo de esta idea, cabe señalar el hecho de que el Juez no tiene vinculación con la opinión manifestada por los menores, como ilustra la sentencia de 27 de noviembre de 1995 de la Audiencia Provincial de Zaragoza (AC 1995\2224) “El beneficio del menor es un criterio objetivo que no puede dejarse caer por la voluntad del propio menor, que no tiene todas las condiciones precisas para conocer que es lo más conveniente para su desarrollo personal, de modo que no puede decidirse el régimen de guarda y custodia en función de esa voluntad del menor” o la de 21 de febrero de 2000 de la Audiencia Provincial de Barcelona (AC 2000\2969) que reza textualmente “la preferencia manifestada [...], más propia de un capricho circunstancial del propio menor, que de una decisión reflexivamente adoptada, cuando comienzan a surgir algunos problemas propios de la adolescencia en la relación del hijo con la madre”.

Además, por su trabajo, Pedro se ve obligado a ausentarse con cierta frecuencia algunos días de su hogar, circunstancia que Isabel no presenta y no parece que vaya a presentar. A este respecto se puede hacer referencia a la sentencia de 15 de mayo de 2014 del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (RJ 2014\3567), en la que se deniega la custodia compartida y se le otorga a la madre a causa de la mayor vinculación de los menores con ella, debido a las ausencias del padre por motivos laborales, o, la de la Audiencia Provincial de A Coruña de 8 de octubre de 2014 (JUR 2015\4786) en la que también se deniega la custodia compartida y se le otorga a la

madre, a causa de a los horarios laborales del padre que hacían dificultosa la custodia compartida.

Otra circunstancia que podría jugar a favor de Isabel es la edad de su hija pequeña, Carmen. Tradicionalmente se concedía la custodia de los hijos menores de siete años a la madre (como establecía la Ley de 1981), por el supuesto mayor apego que suelen tener hacia la madre respecto al padre los niños más pequeños. Este hecho, completado con que esta pequeña no se ve involucrada en las discusiones que mantienen sus hermanos mayores y su madre, podrían hacer preferible que fuera su madre quien se ocupara en exclusiva de su cuidado. Habida cuenta del existente principio, ya mencionado, de procurar no separar a los hermanos; de concedérsele la guarda y custodia de Carmen lo lógico sería que también obtuviera la de sus otros dos hijos. La jurisprudencia ha contemplado casos en los que hermanos se han visto separados, pero, tal y como sucede en las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2004 (RJ 2004\4344) y de la Audiencia Provincial de Soria de 29 de diciembre de 1997 (AC 1997\2556) se trata de situaciones extremas o de situaciones muy particulares que poco tienen que ver con las circunstancias de este caso. La tónica habitual es, por ejemplo, la de la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 22 de diciembre de 1994 (AC 1994\2537), que cumple el principio de no separación de los hermanos.

En España, la mayoría de las custodias se conceden a las madres en exclusiva, estableciéndose para los padres regímenes de visitas. Las cifras son abrumadoras, en el año 2013³ se concedió aproximadamente el 75% de las custodias a las madres, alrededor de un 15% compartidas y algo menos de un 10% a los padres, existiendo además un pequeñísimo porcentaje de custodias otorgadas a personas diferentes de los padres. Siguiendo esta línea sería posible y probable la concesión de la custodia a Isabel. Ya sea por tradición cultural, modelo de sociedad o por los roles familiares tradicionales que siguen imperando en muchos hogares, son muchas las ocasiones en las que la custodia total es concedida a la madre, amparándose en razones como la mayor dedicación de esta a la educación de los hijos, la disponibilidad para atenderles y el omnipresente principio *favor filii* que indica un mayor beneficio para el menor si la custodia es para la madre en estos casos.

No hay que olvidar tampoco el papel que tiene el posible informe elaborado por expertos acerca de la situación y la conveniencia de una u otra fórmula al caso además del necesario informe del Ministerio Fiscal (artículos 92.6 y 92.9 del Código Civil).

A modo de resumen existen varios argumentos que soportan la concesión de la custodia absoluta a Isabel, siendo los más relevantes la gran disponibilidad horaria que tiene para realizar tareas relacionadas con la educación y crianza de los niños y la experiencia que tiene en tales labores, que han sido el centro de sus ocupaciones en los últimos años. Paralelamente, la corta edad de su hija menor y la tendencia a no separar a los hermanos también podría resultarle favorable.

³ Fuente: Instituto Nacional de Estadística

3) Además, de pedir la custodia de los hijos, Isabel solicita la correspondiente pensión compensatoria y pensión de alimentos. Justifíquese su procedencia o improcedencia.

3.1. La pensión compensatoria y sus requisitos

Es el artículo 97 del Código Civil el que versa sobre la denominada pensión compensatoria, disponiendo al respecto lo siguiente:

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

Si no hay acuerdo entre los cónyuges, será el Juez quien decida en la sentencia sobre su importe, basándose para ello en los acuerdos a los que hubieran llegado los cónyuges y diversas circunstancias tales como la edad y el estado de salud, la cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo, la dedicación pasada y futura a la familia, la colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal, la pérdida eventual de un derecho de pensión, el caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge y cualquier otra circunstancia relevante. Fijándose además en la resolución judicial las bases de actualización y las garantías para su efectividad (artículo 97 del Código Civil).

Teniendo en cuenta lo establecido por el artículo se puede afirmar que Isabel puede solicitar la concesión para su persona de una pensión por desequilibrio, teniendo en cuenta que se va a ver inmersa en un proceso de separación o de divorcio (la elección de este proceso queda a su voluntad teniendo en cuenta la información antes proporcionada) y la existencia de un desequilibrio; las diversas circunstancias que rodean al caso que serán analizadas en las líneas siguientes y los requisitos legales aplicables a situaciones de esta naturaleza.

En relación al artículo anterior cabe decir que la Ley 15/2005 ha supuesto una importante modificación en relación a lo que se establecía por la anterior Ley 30/1981. Mediante esta nueva regulación se le da una importancia mayor a la anterior a los acuerdos tomados entre los cónyuges. Además, antes de la modificación legislativa de 2005, el término que empleaba la redacción del artículo para referirse a esta prestación era el de “pensión” y no el de “compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única”; habiéndose incluido también como novedad la posibilidad de que se pueda percibir en una única prestación o con un horizonte temporal prefijado. Parece oportuno señalar que la compensación temporal únicamente debería ser establecida en aquellos casos en los que la certeza sobre la acotación temporal de esta sea alta, ya que es posible que una indefinida se modifique y pase a ser temporal, no siendo posible el cambio inverso (sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2011 –RJ 2012\573-).

A este respecto hay que puntualizar entonces que, debido al cambio operado en la nomenclatura de la prestación solicitada por Isabel, cuya naturaleza se mantiene, es más correcto y adecuado referirse a ella como compensación y no como pensión compensatoria, por lo que se sugiere que sea esta última terminología la empleada a la hora de plantear su solicitud.

Este derecho de compensación, tal y como señala Díez-Picazo⁴ no es una forma de facilitar aquellas prestaciones que son los alimentos. Esta prestación no debe ser entonces entendida como una prestación de alimentos, tratándose la pensión de alimentos al cónyuge separado y la correspondiente a los hijos posteriormente. Tampoco se debe considerar como una indemnización a causa de la finalización del matrimonio. Su razón de ser se limita al intento de poner en igualdad de oportunidades al cónyuge que resulta perjudicado con la ruptura en comparación con la que tendría de no haberse producido el vínculo matrimonial ahora finalizado.

En relación a esto se puede sugerir a Isabel las ventajas derivadas de la adopción de algún tipo de acuerdo con Pedro, para así poder facilitar el desarrollo del proceso, que, como ya se ha reflejado, es un mecanismo ahora más incentivado. Se le señala a su vez la verdadera finalidad del establecimiento de esta prestación, que es, tal y como se explicará posteriormente, el intento de situar en un plano de igualdad de oportunidades con Pedro a Isabel, considerando que su situación personal económico-profesional sería más brillante de no haber contraído matrimonio, pero no la de indemnizarla. En apartados venideros se hará además referencia a la improcedencia de la valoración de la culpabilidad de uno u otro cónyuge a la hora de establecer la obligación de realizar la prestación de la compensación al otro.

Para que sea posible la concesión de esta prestación es necesaria la presencia de dos factores simultáneamente. Primero que como consecuencia de la separación o el divorcio se produzca un desequilibrio económico de uno de los cónyuges respecto del otro y, en segundo lugar, que este desequilibrio sea comparado con la situación que se tenía durante el transcurso del matrimonio. Esto se puede entender como una forma de compensación a aquel cónyuge para el que su dedicación a asuntos como la atención de las necesidades familiares, supuso una pérdida de expectativas de índole laboral que le impidieron desarrollarse económicamente. Es evidente que este desequilibrio tiene lugar en este caso, siendo mucho menos ventajosa la situación para Isabel que la que existía durante la convivencia. La dedicación casi total al hogar de ella ha traído consigo un desarrollo casi nulo de su carrera profesional.

El citado desequilibrio ha de tener lugar en el momento en el que la ruptura matrimonial se produce, como en el presente caso sucede, no siendo posible la generación del derecho a compensación por la producción de alteraciones posteriores. La apreciación de este desequilibrio no supone necesariamente la existencia de una situación de necesidad por parte del cónyuge que la demanda, aunque la concesión del derecho a percibir una prestación de este tipo no supone la imposibilidad de compaginarla con la percepción de una prestación por alimentos. Se permite por tanto la posibilidad de cobrar simultáneamente una compensación por el desequilibrio

⁴ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. Tomo I. Derecho de Familia*. Tecnos, Madrid, 2012, p. 126.

producido y una pensión de alimentos, además de paralelamente la correspondiente a los hijos.

Ya se ha señalado que Isabel puede solicitar la concesión de esta compensación dentro del marco del proceso de separación o divorcio que todo parece indicar que se va a iniciar en el seno de su matrimonio. Todo indica que cumple los requisitos básicos exigidos por la legislación para poder llegar a percibir esta prestación. En primer lugar, como consecuencia de la separación o divorcio entre Isabel y Pedro, ella se ve perjudicada económicamente, esto es, se produce un desequilibrio a raíz de esta situación de crisis matrimonial. Isabel pasa de formar parte de un hogar con unas finanzas desahogadas a carecer prácticamente de ingresos, ya que su única fuente de dinero sería un hipotético trabajo como dependienta, acerca del cual no se han concretado aún los detalles.

Es claro entonces que respecto a la situación económica previa, en la que los ingresos familiares eran de 3500€ al mes aportados por Pedro más las contribuciones realizadas por doña Angustias, las circunstancias de Isabel empeoran notablemente; por lo que la concesión de una compensación por desequilibrio sería totalmente procedente al caso.

Es importante puntualizar aquí que pese a que los cónyuges gocen ambos de independencia económica, el desequilibrio puede producirse igualmente, al igual que se puede dar tanto en aquellos casos en los que el matrimonio se encontraba casado en régimen de separación de bienes o en gananciales, suponiendo esta circunstancia simplemente un dato más para la valoración de la pertinencia de la compensación, no una circunstancia excluyente. Sin embargo, el desequilibrio no se apreciará en situaciones prolongadas de ruptura conyugal o en los casos en los que la separación y el divorcio se producen años después de la separación de hecho, como se puede comprobar en las sentencias del Tribunal Supremo del 17 de diciembre de 2012 (RJ 2013\377) y 3 de junio de 2013 (RJ 2013\4366).

Por ello, aún en el caso de que Isabel se incorporara pronto al trabajo en la tienda de ropa que parece haber conseguido una oportunidad laboral, y tuviera cierta independencia económica a raíz de ello; sería posible seguir apreciando la situación de desequilibrio entre los cónyuges. Además, su reciente incorporación al mercado laboral tras años desconectada de él por su dedicación al cuidado de su familia y su hogar se produce con una experiencia escasa, motivada precisamente por esta anterior exclusiva dedicación, que es generadora de un desequilibrio que seguiría manteniéndose.

Además tendrán que tenerse en cuenta las circunstancias previamente enumeradas contempladas en el artículo 97 del Código Civil en aquellos casos en los que los cónyuges no llegaran a un acuerdo sobre el particular en el convenio regulador. En relación a estas circunstancias cabe señalar que su enumeración no supone un *numerus clausus*, es decir, el Juez puede tener en cuenta otras distintas en su resolución, ya que estas se encuentran establecidas únicamente a modo de ejemplo.

No se señala en los hechos del caso si los cónyuges tienen voluntad o no de realizar un acuerdo, por lo que *a priori* parece que las circunstancias enumeradas en el artículo 97 deberán ser tenidas en cuenta. La edad y el estado de salud de los

cónyuges es similar para ambos, por lo que no parece que pudiera ser utilizado como criterio dirimente en este caso. Los puntos sobre los que parece lógico pensar que es previsible que sean tenidos en cuenta por el Juez para la concesión de la prestación son la cualificación profesional (que es menor en Isabel) y las posibilidades de acceso a un empleo (Pedro tiene un buen empleo altamente remunerado, mientras que Isabel parece que va a comenzar a trabajar en un puesto de menor categoría a la de él) la dedicación a la familia (que ha sido mayor por parte de Isabel), la duración del matrimonio (quince años) y los medios económicos y necesidades de los cónyuges (entendiéndose que Isabel se encuentra más necesitada al carecer actualmente de otros ingresos).

Cabe hacer referencia ahora a un circunstancia previamente mencionada, y es que la concesión de la compensación no depende en ningún caso de una hipotética culpabilidad unilateral de uno de los cónyuges dentro de la crisis matrimonial, tal y como establecía ya la primera Ley de 1981 y como continúa su modificación posterior en 2005. No es entonces relevante a la hora de determinar la procedencia de la compensación si uno de los cónyuges tiene la culpa de la situación, a diferencia de lo que sucedía en regulaciones anteriores, como la Ley de 2 de marzo de 1932, en la que se establecía que la solicitud de, en este caso, la pensión, correspondía únicamente al cónyuge “inocente” dentro de la situación de crisis, quien debía además acreditar que era necesaria, tomando así un cariz alimenticio.

El hecho de que sea irrelevante la circunstancia de culpabilidad de uno de los cónyuges para la concesión de esta compensación es un punto controvertido dentro de la vida jurídica y social, ya que a muchos les extraña que no se valoren en la norma propiamente las circunstancias de comportamiento que motivaron la producción de la situación de crisis matrimonial, sino que toma un matiz preponderante a la hora de la concesión el ya varias veces citado desequilibrio patrimonial. A este respecto se han pronunciado eminentes figuras del Derecho español, como Lacruz⁵, quien señaló que esta previsión legal provocaba la producción de contradicciones, y señaló además la existencia de una vía abierta a tener en consideración la posible culpabilidad de uno de los cónyuges, la que dentro del artículo 97 señala la posibilidad de “entre otras”, cláusula totalmente abierta que permite al Juez tener en cuenta si lo estima oportuno la hipotética culpabilidad al caso de uno de los miembros de la pareja.

A este respecto, lo más importante que debe ser tenido en cuenta tanto por Isabel como por Pedro, es que su comportamiento y actuaciones como pareja no serán objeto de calificación a la hora de determinar a cuál de los dos le corresponde percibir una compensación del otro, y en primer término si procede que esta compensación exista. Puede que Isabel considere que ella merece esta compensación por haberse dedicado de forma exclusiva al cuidado de su familia, mientras su marido trabajaba fuera del hogar y no dejaba de crecer en su carrera profesional, pudiendo incluso llegar a considerarse que desatendiendo algunas de sus obligaciones familiares. Pese a que esta opinión es totalmente respetable, no podrá ser esta una circunstancia tenida en cuenta por el Juez a la hora de determinar si a Isabel le corresponde el cobro de la compensación. La única vía por la cual esta situación podría llegar a ser tenida en

⁵ LACRUZ VERDEJO, J-L., “Elementos de Derecho Civil” en *Derecho de familia. Principios de Derecho Civil IV*. LASARTE GONZÁLEZ, C., Marcial Pons, Madrid, 2009.

cuenta por el juzgador sería la posibilidad señalada por Lacruz⁶ de tener en cuenta “entre otras” circunstancias además de las enumeradas, en las que esta podría tener cabida a la vez que muchas otras, dentro de la discrecionalidad que se le permite al Juez en este punto.

3.1.a) Características concretas de cada compensación. Posibilidad de pacto y sustitución

Es en la resolución judicial en la que se determinará el importe y las bases que se emplearán para actualizar la compensación y las garantías para que sea efectiva. A este respecto cabe señalar que las circunstancias enumeradas en el artículo 97 del Código Civil para que el Juez las tenga en cuenta a la hora de determinar la cuantía de la compensación tienen la triple función de elemento para fijar si hay o no desequilibrio, si es indefinida o temporal y para el cálculo de su cuantía⁷. Una vez establecidos estos conceptos elementales de la prestación, esta podrá ser únicamente modificada en caso de que se produzcan cambios sustanciales en la fortuna de alguno de los cónyuges, tal y como señala el artículo 100 del Código Civil: *“Fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o de divorcio, sólo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuges”*. Esta modificación únicamente podrá ser a la baja y no al alza en aquellos casos en los que los ingresos del deudor se reduzcan de manera significativa y cuando no le sea imputable este descenso, no siendo causa de modificación el simple transcurso del tiempo, ni la aparición de una sentencia canónica de nulidad posterior, ni la liquidación de la sociedad de gananciales que atribuya al acreedor bienes en propiedad, ni el nacimiento de un nuevo hijo del deudor ni tampoco el haber recibido una herencia la persona beneficiaria (respecto a la apreciación de estas circunstancias cabe hacer referencia a las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2008 - RJ 2008\7123- y 3 de octubre de 2011 -RJ 2011\6697-).

Parece bastante posible que por las circunstancias que rodean a su situación Isabel termine siendo acreedora de la compensación. Esto no quiere decir que vaya a seguir percibiendo la misma cantidad de dinero durante el resto de su vida, independientemente de las pertinentes actualizaciones basadas en indicadores como el Índice de Precios al Consumo (IPC). En el caso de que la prevista andadura profesional de Isabel se desarrolle satisfactoriamente y logre por así decirlo, recuperar el tiempo perdido, la cantidad que recibe podrá verse reducida; ocurriendo lo mismo en el caso de que la vida profesional de Pedro tome derroteros menos brillantes de los que ha seguido hasta ahora y sus ingresos se vean notablemente reducidos.

Tal y como se ha dicho, la compensación puede tanto ser pactada en el convenio regulador (el artículo 90 del Código Civil hace referencia a su contenido: *“El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá contener, al menos, los siguientes extremos:”* [...] *“f) La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges”*), como ser establecida por el Juez en la sentencia, aunque la determinación corresponda al Juez

⁶ LACRUZ VERDEJO, J-L., “Elementos de Derecho Civil” en *Derecho de familia. Principios de Derecho Civil IV*. LASARTE GONZÁLEZ, C., Marcial Pons, Madrid, 2009.

⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Derecho de Familia*, cit., p. 118.

en aquellos casos en los que no hubiera acuerdo entre los cónyuges es necesario que sea solicitada por uno de los cónyuges, ya que su naturaleza es dispositiva, por lo que no puede ser decretada por el Juez de oficio, como se puede comprobar en la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1987 -RJ 1987\9174-). Es un derecho de crédito personalísimo e intransmisible, por lo que no puede ser cedido a un tercero y ni ser reclamado por los acreedores del cónyuge con derecho a percibirla empleado la acción subrogatoria.

No se tiene conocimiento de la existencia de ningún tipo de pacto al respecto entre Isabel y Pedro, pero ambos deben tener en cuenta la existencia de la posibilidad de realizar un acuerdo respecto de numerosos aspectos acerca del término de su matrimonio, entre los que estaría la compensación. Lo relativo a la naturaleza dispositiva de la prestación no es objeto de controversia, ya que Isabel ha solicitado su concesión para ella.

Además, por otra parte, el artículo 99 del Código Civil señala la posibilidad que permite a los cónyuges sustituir en cualquier momento, si así lo acuerdan, la compensación del artículo 97 por una renta vitalicia, un usufructo o la entrega de un capital en bienes o en dinero. Esta sustitución realizada mediante pacto entre el deudor y el acreedor supone una dación en pago, que se podrá aplicar independientemente de cual sea la modalidad de compensación aplicada en el caso concreto y de la manera en la que se haya acordado.

Inicialmente parece más adecuado para las circunstancias del caso que la compensación percibida por Isabel sea en forma de percepción periódica de una cantidad de dinero, por ejemplo mensual, que es la frecuencia más habitual. Isabel no tiene en este momento ingresos, y los que puede llegar a obtener a corto plazo no parece que vayan a ser elevados. Si deseara, por ejemplo, iniciar una actividad empresarial, quizás sería más adecuada otra modalidad, como la prestación única. Esto no excluye la posibilidad de que los cónyuges lleguen a algún acuerdo para que se perciba de un modo diferente o que, en el caso de las circunstancias citadas en este apartado sobre cambio en las circunstancias económicas de los cónyuges, se cambie.

3.1.b) Características concretas de cada compensación. Montante final y periodicidad y posibilidad de extinción.

La determinación del montante final vendrá dado, tal y como señala el artículo 97, por medio de un acuerdo entre los cónyuges o mediante la declaración del Juez en la sentencia, pudiendo consistir, como ya se ha señalado en una compensación temporal o indefinida o en una prestación única (cantidad a tanto alzado o entrega de bienes).

Antes de la entrada en vigor de la Ley 15/2005, el carácter de la compensación acostumbraba a ser en todo caso vitalicio. Desde ese momento, tanto los cónyuges como el Juez podrán determinar sus características temporales. Lasarte⁸ considera a este respecto que, en aquellos casos en los que se realice una fijación a tanto alzado, la posición de los cónyuges al respecto es de gran relevancia, aunque el Juez no tiene

⁸ LASARTE GONZÁLEZ, C., (2009). *Derecho de familia. Principios de Derecho Civil IV*. Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 132.

por qué encontrarse obligado a aceptar lo propuesto por uno de ellos, pero sí parece oportuno que esté a lo acordado por ambos de ambos. En la realidad empírica, la fijación de un tanto alzado como compensación ha ido en aumento.

La periodicidad suele establecerse en prácticamente todos los casos por meses y sus actualizaciones serán casi siempre basadas en el Índice de Precios al Consumo (IPC), aunque nada impide que su actualización se realice en base a otros métodos. Los criterios para proceder a su actualización estarán fijados por el Juez en la sentencia, al igual que las garantías que aseguran el cumplimiento de la obligación, siempre que las partes lo soliciten. Si la compensación consiste en una prestación única, será abonada al cónyuge acreedor en los términos establecidos en el convenio regulador, mientras que en los que sea temporal o indefinida, también se atenderá lo contemplado en el convenio o en la sentencia, siendo lo más frecuente sea que la prestación consista en una entrega periódica de dinero. En aquellos casos en los que la compensación se refiere a un porcentaje de los ingresos del concreto cónyuge no es necesaria la actualización del importe, como es lógico. En todos los casos, salvo que se establezca otra cosa, se pagará por plazos anticipados. Debido a todo esto, y en ausencia de acuerdo en sentido contrario, parece que lo más probable es que se determine que Pedro pague a Isabel una cantidad de dinero determinada, todos los meses que se verá actualizada anualmente en función del aumento de los niveles generales de precios.

Además de la anteriormente citada opción de sustitución, también existe la posibilidad de extinción de la prestación cuando se de alguna de las causas que recoge el artículo 101 del Código Civil: el haber cesado la causa que motivó este derecho a percibirla, el haber contraído la persona acreedora matrimonio nuevamente o convivir esta maritalmente con otra persona. Se señala además que no se produce la extinción del derecho a percibirla únicamente por haber fallecido el deudor, aunque sus herederos podrán solicitar que se reduzca o suprima en el caso de que el caudal hereditario no sea suficiente para la satisfacción de esta o la legítima se viera afectada.

Cuando el artículo 101 se refiere a la cesación de la causa, resulta en cierto modo compleja la determinación de su presencia. Parece oportuno inclinarse por pensar en la producción de una situación que altere profundamente las circunstancias de alguno de los cónyuges, que sea de tal naturaleza que sus efectos vayan más allá de simplemente hacer necesario un cambio en la cuantía. Se podrían citar en este punto causas como la reconciliación de aquellos cónyuges que se hubieran separado o la celebración de un nuevo matrimonio entre aquellos que hubieran optado por el divorcio.

Es decir, como es lógico, si Isabel y Pedro deciden reconciliarse en caso de que opten por un procedimiento de separación legal, o por volverse a casar, si se divorcian; Isabel dejaría de tener derecho a percibir esta cantidad de dinero de forma periódica y paralelamente Pedro dejaría de tener la obligación de pagarle. A estas situaciones hacen referencia respectivamente los artículos 84 y 88 del Código Civil.

La pérdida de la compensación concedida por el hecho de “vivir maritalmente con otra persona” ha sido respaldada por la jurisprudencia, pudiendo citarse a este respecto la sentencia de 9 de febrero de 2012 del Tribunal Supremo (RJ 2012\2040), en la que se aplica esta causa de extinción. Se entiende por “vida marital” el hecho de

que dos personas vivan como cónyuges, teniendo un compromiso serio y duradero, sin ser imprescindible que compartan domicilio.

Es decir, si Isabel tuviera una nueva pareja sentimental, aunque no conviviera con ella ni se hubiera, por supuesto, casado; perdería en base a esta previsión el derecho a percibir esta compensación.

Además, en el caso de pensiones temporales, es evidente que también se extingue el derecho a seguir percibiendo la prestación cuando transcurre el plazo que hubieran acordado los cónyuges o que hubiera sido determinado en la sentencia. A este respecto cabe decir que esta posibilidad de extinción se considera aplicable, pero no viene recogida expresamente en el Código Civil, que conserva la redacción de su artículo 101 que fue dada por la Ley 30/1981, sin haber sido modificado por la norma de 2005.

A mayores de las causas a las que se refiere el citado artículo, existen otras que también suponen la extinción del derecho a la percepción de la compensación, que son la renuncia, el no hacerla valer y el fallecimiento del cónyuge acreedor de la prestación. La renuncia sólo será válida en el caso de tener lugar una vez producida la crisis matrimonial (sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1987 -RJ 1987\4553-), salvo que se haga previamente con pleno consentimiento, es decir, conociendo las circunstancias que habrán de concurrir al tiempo de la ruptura. No se conoce que Isabel haya renunciado a ella, siendo por otra parte perfectamente lógico que si ella fallece se extinga el derecho a percibir esta compensación.

3.2. La pensión de alimentos para los hijos

En cuanto a la segunda de las cuestiones planteadas en el enunciado, la relativa a los alimentos, cabe decir que, tal y como establece el artículo 110 del Código Civil serán el padre y la madre, tanto si ostentan la patria potestad como si no lo hacen, los que se encuentran obligados a velar por los hijos y a prestarles alimentos, encontrándose. Durante el matrimonio la obligación de alimentos tiene la consideración de “carga de matrimonio”, sin embargo, cuando este se disuelve o separa se hace necesario determinar la cuantía en la que cada progenitor tiene que contribuir en estos gastos.

Para los hijos menores de edad, si no existe acuerdo entre los cónyuges, será el Juez quien en la sentencia establezca la contribución que habrá de hacer cada progenitor a los alimentos. Es importante no confundir la pensión de alimentos a los hijos, que se está tratando ahora mismo; con otras figuras jurídicas como el contrato de alimentos (alimentos convencionales) o la compensación al cónyuge que ya se ha tratado. La pensión alimenticia a la que se está haciendo referencia es entonces una obligación de mantenimiento de los padres respecto de los hijos.

La cuantía de la prestación estará proporcionada al caudal y los medios de quien la paga y a las necesidades de quien la recibe, tal y como establece el artículo 146 del Código Civil, además de estar condicionada también por el sistema de guarda y custodia. Los gastos extraordinarios que surjan se sufragarán por ambos progenitores, también en base a sus ingresos y posibilidades. Los alimentos deberán prestarse desde

la fecha de interposición de la demanda, no desde la de la sentencia, tal y como señalan el artículo 148 de Código Civil y la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2011 (RJ 2011\4527).

Hay que puntualizar además que la titularidad del derecho de alimentos recae sobre los hijos, pero al ser Pedrito, Isabelita y Carmen menores de edad, en caso de que se produzca un incumplimiento de la obligación, será el cónyuge con el cual convivan el que tenga la potestad de reclamarlos. Existe un fondo del Estado que garantiza el pago de los alimentos reconocidos por resolución judicial o convenio e impagados, el Fondo de Garantía el Pago de Alimentos.

Tanto si se le concede a Isabel la custodia exclusiva de sus hijos, tal y como ella solicita como si no; les sería también concedida a ellos la correspondiente prestación de alimentos. En este caso lo más probable parece que Pedro abone una cantidad de dinero determinada por cada hijo en común.

La prestación de alimentos es susceptible de modificación. Es posible que aumente si se produce un cambio sustancial en las circunstancias, señalando el artículo 93.I del Código Civil que *“El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento”* y el 91, en donde se contempla que en las resoluciones de separación, divorcio o nulidad y en su ejecución el Juez podrá, en el caso de que no haya acuerdo entre los cónyuges o de que este no se apruebe, determinar las medidas en sustitución de las anteriores relativas a los hijos, entre otras; pudiendo ser modificadas en caso de alteración de las circunstancias. En este punto es oportuno apuntar que el hecho de que nazcan nuevos hijos en una relación posterior del cónyuge obligado a abonar la prestación no supone una causa necesaria para la modificación de la cuantía, siendo procedente juzgar la capacidad patrimonial del alimentante para comprobar si es bastante para alimentar a sus hijos. Por lo tanto, si por ejemplo Pedro abonara esta pensión y llegara a tener más hijos, esta no se vería necesariamente alterada en su cuantía.

Esta pensión también podrá ser objeto de modificación en el citado caso de que las circunstancias que rodeen a la fortuna del cónyuge que ha de pagar la pensión cambien.

3.3. La pensión de alimentos para el cónyuge separado

Además de la pensión de alimentos respecto de los hijos hay que hacer referencia a la pensión de alimentos para el cónyuge separado, ya que tal y como establece el artículo 143 del Código Civil se encuentran obligados a prestarse alimentos tanto los cónyuges como los ascendientes y descendientes.

Esto quiere decir que pese a haberse separado, al seguir vigente el vínculo matrimonial y no encontrarse dentro de los efectos de la separación la cesación de la obligación de prestarse alimentos, también podría ser objeto de concesión en caso de estimarse como necesario y cumplirse los requisitos exigidos por el Código Civil (necesidad, carencia de suficientes recursos propios por parte del alimentista).

Hay que tener claro que esta posibilidad sólo existe para el caso de separación, ya que si se produce un divorcio el vínculo matrimonial se rompe y esta obligación legal de alimentos desaparece, persistiendo únicamente la convencional en el caso de existir (lo cual en este caso no consta). La compensación por desequilibrio sería entonces compatible con la pensión de alimentos en los casos de separación.

4) Pedro se opone a la custodia exclusiva a favor de la madre y solicita la custodia compartida. ¿Qué razones o argumentos justificarían su petición?

4.1. Generalidades acerca de la custodia compartida

La custodia compartida es un modelo de custodia que se encuentra en alza en los últimos años. Diversos cambios legislativos han incentivado su concesión, entendiéndola como un medio adecuado de garantizar que las relaciones entre padres e hijos se deterioren lo mínimo posible como consecuencia de la crisis matrimonial.

Así, en los últimos años se ha duplicado el número de custodias compartidas concedidas en España, llegando en la actualidad a porcentajes cercanos al 15% y existiendo leyes específicas en varias Comunidades Autónomas (como Aragón, Navarra, Comunidad Valenciana y Cataluña) que promueven en algunos casos, como el de Aragón y la Comunidad Valenciana, su concesión de forma preferente o mayoritaria si se producen determinadas circunstancias.

El Código Civil señala en su artículo 92.5 que la custodia compartida será acordada tanto si los padres lo solicitan en la propuesta de convenio regulador como si ambos lo acuerdan durante el desarrollo del procedimiento, adoptando el Juez, si aprueba esta modalidad de guarda; los mecanismos necesarios para su cumplimiento eficaz, procurando no separar a los hermanos. Figura a continuación en el artículo la previsión acerca del necesario informe del Fiscal, de oír las opiniones de los hijos y de valoración del comportamiento de los padres para con sus hijos. En el artículo 92.7 se recoge la imposibilidad de conceder este régimen de guarda cuando uno de los padres esté inmerso en un proceso penal por determinados delitos contra el otro o contra sus hijos, de cuyo tratamiento se hablará en un apartado posterior.

El último apartado del artículo 92 presenta la posibilidad de que sea uno solo de los padres el que solicite la implantación de este régimen “*Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor*”. Respecto a este último apartado hay que hacer una puntualización importante, y es que el informe del Fiscal es necesario, pero no tiene por qué ser favorable, dado que la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 2012 (RTC 2012\185) declaró inconstitucional y nulo el inciso “favorable” en este apartado por ser contrario a los artículos 24.1 y 117.3 de la Constitución Española. Conviene también señalar que el Consejo de Estado⁹ ha recientemente determinado la improcedencia de este régimen si ninguno de los progenitores lo solicita.

⁹ Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia de 24 de julio de 2014 (438/2014).

4.2. Requisitos a tener en cuenta para determinar la concesión de la custodia compartida

Teniendo en cuenta estas previsiones legales, y dejando a un lado el previamente citado apartado 7 del artículo 92, Pedro podría perfectamente, amparándose en lo dispuesto en el artículo 92.8 del Código Civil, solicitar la concesión de un régimen compartido de custodia. El Juez será quien posteriormente se encargue de determinar si esta es o no la fórmula más adecuada para garantizar el bienestar de los tres hijos del matrimonio, para lo que se valdrá, además de del informe del Ministerio Fiscal y de su criterio, de una serie de circunstancias que pueden ser objeto de consideración.

Al igual que sucedía con la custodia individual, hay un conjunto de requisitos jurisprudenciales que se tienen en cuenta para dilucidar si este es o no el régimen más adecuado. En la obra “Ejercicio de la Patria Potestad cuando los Padres No Conviven”¹⁰ se enumeran los siguientes:

a) Vinculación afectiva del menor con ambos padres, para evitar así que la relación con el padre con el que convivieran menos de producirse una custodia individual empeorase. Si el menor muestra un rechazo claro hacia uno de sus padres es evidente que este régimen no procede.

Los hijos mayores de esta pareja reconocen tener mejor relación con su padre que con su madre, aunque dicen querer mucho a esta, lo cual *a priori* no supondría un obstáculo para la implantación de este modelo de custodia.

b) Idoneidad de ambos padres. Dado que durante el tiempo que les corresponda el cuidado del niño su actuación será en solitario, ambos tienen que demostrar tener la capacidad suficiente para hacerse cargo de las necesidades de los menores.

En este caso Isabel ha demostrado sobremedida que es idónea para ocuparse de sus hijos, teniendo en cuenta que esta ha sido su dedicación durante los últimos años. La idoneidad de Pedro no parece estar en entredicho, tiene buena relación con sus hijos y todas las mañanas los lleva al colegio, pero no se puede olvidar que pasa mucho menos tiempo con ellos debido a su horario laboral.

c) Ausencia de conflictividad entre los padres. No se suelen conceder custodias compartidas en casos en los que la relación entre los padres existían desavenencias graves, ya que este régimen implica la necesidad de una colaboración y comunicación entre ellos que no sería posible llevar a cabo si el entendimiento entre ambos no alcanzara niveles básicos.

Es evidente que la relación entre Pedro e Isabel no es la ideal, pues se sabe que discutían con frecuencia debido a ciertos desencuentros que tenían. Sin embargo, y pese al incidente de la maleta, no parece que sea imposible que se pudieran comunicar, por ejemplo, de forma telefónica, para acordar decisiones respecto de los pequeños.

¹⁰ RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F., *Ejercicio de la Patria Potestad cuando los Padres No Conviven*, cit., pp. 113-120.

d) Modelos educativos similares. La presencia de normas, patrones de comportamiento y pautas educativas semejantes redundan en el beneficio del menor, viendo menos alterada su situación respecto a la previa.

Se tiene la información de que Isabel es más laxa en determinados aspectos y Pedro más rígido, aunque él tenga un carácter más paciente y ella tienda a reñir más a los niños, consecuencia probable del mayor contacto que tiene con ellos. Los niños son descritos como educados y amables, y los padres parecen haberse puesto de acuerdo sobre el colegio al cual acuden y las actividades extraescolares a las que dedican su tiempo libre, por lo que parece que su modelo educativo funciona, y que las diferencias existentes entre sus pareceres son las lógicas y habituales que puede haber entre dos personas adultas que no pueden estar de acuerdo en absolutamente todo.

Respecto a esta circunstancia, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 23 de octubre de 2006 (JUR 2007\46326) señala que “la guarda y custodia compartida exige que se constate la compatibilidad y complementariedad educativa de los padres pues solo así podrá compensarse la disfunción o alteración del marco vital de los menores que supone la alternancia periódica de viviendas, entornos, desplazamientos, hábitos, horarios o detalles mínimos y cotidianos de la vida doméstica; caso contrario la medida controvertida puede ser una fuente adicional de discordia que desvirtúe por completo el objetivo con que se instauró”. En el caso presente, las diferencias y particularidades en el modo de educar de cada uno de ellos pueden entenderse como beneficiosas, al complementarse entre sí.

e) Implicación de los padres en el cuidado del menor antes de la ruptura. Debido al elevado nivel de compromiso propio de esta modalidad, sería beneficioso que la dedicación de los padres hacia los hijos derivada de ella fuera una continuación de su comportamiento previo a la situación de crisis.

No se puede negar que la dedicación de Isabel a estas tareas era mayor que la de Pedro, sin embargo, él siempre se ha ocupado de sus hijos en todo lo que podía y diariamente los trasladaba al colegio, además de implicarse en aspectos importantes de su vida como la práctica de deporte y la formación musical. No se le podría tachar de ser un padre ausente pese a sus dilatados horarios laborales.

f) Proximidad entre los domicilios, para que el entorno de los menores se vea alterado lo menos posible. El domicilio familiar y el nuevo piso que Pedro ocupa con su madre se encuentran muy cerca, por lo que sería un punto favorable para la concesión de esta modalidad de custodia.

g) Repartos de los tiempos de convivencia. Para la determinación de la procedencia de este régimen se tendrán en cuenta circunstancias como la edad de los niños, los horarios de los padres o las ocupaciones de los menores. Existen diferentes modalidades: semanal, quincenal, mensual e incluso anual. A causa de la gran cercanía manifestada entre los domicilios de ambos progenitores, de acordarse la custodia compartida, parece adecuado concluir que un reparto semanal o quincenal de la convivencia con cada uno sería adecuado.

4.3. Opiniones doctrinales, judiciales y dictamen

Respecto a los beneficios y consecuencias de la custodia compartida, en la obra *La nueva Ley del Divorcio*¹¹ se señala que “ejercer de forma conjunta la guarda de los hijos supone el reparto del día a día del menor, planificándose las tareas diarias de cura de los hijos más allá de la separación. Tal cometido, a priori, puede valorarse de forma positiva, permitiendo el mantenimiento de un buen vínculo con ambos padres, y, por tanto, produciendo en los menores una mejor adaptación de la nueva situación, suponiendo la misma una mitigación de los efectos de la ruptura matrimonial. Sin embargo, no podemos perder de vista que la decisión de la custodia alternada entre ambos progenitores exige una elevada capacidad de compromiso, así como de responsabilidad por parte de los padres”. Haciéndose especial hincapié en la importancia de la existencia de una correcta relación entre los padres que haga que los hijos sufran lo menos posible las consecuencias de la nueva situación familiar y también en los beneficios derivados de esta modalidad, como la mejor adaptación de los menores, pudiendo suponer en este caso que Pedrito, Isabelita y Carmen se vieran menos afectados por esta situación de adoptarse esta modalidad de custodia.

También en el artículo “La custodia compartida no es una medida excepcional, sino que debe considerarse normal e incluso deseable”¹² (BIB 2013\1422) se citan circunstancias similares a las anteriores, señalándose que el consagrado principio de interés de los menores debe regir la interpretación de los artículos 92.5, 6 y 7 del Código Civil, y que la medida será acordada en aquellos casos en los que lo aconsejen circunstancias como la práctica anterior de los progenitores con los menores, además de sus aptitudes personales, las preferencias que presenten los menores con juicio suficiente, el número de hijos, el cumplimiento de los padres de sus deberes para con sus hijos y el respeto que se profesen en sus relaciones personales; señalando también la importancia del “resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”. Además, hace hincapié en la previsión del título del artículo, al señalar que “la redacción del artículo 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”, manifestando que la concesión de esta modalidad de custodia no debe ser excepcional, sino acordarse cuando las circunstancias de caso, como las anteriormente enumeradas, lo aconsejen, configurándose así como una medida atractiva, deseable y de aplicación ordinaria. En este caso, en la práctica tanto Isabel como Pedro se encargan de tareas y deberes relacionados con el cuidado de sus hijos, aunque sea de entre ellos dos Pedro quien menos tiempo dedique a estas tareas. Quedan por valorar aspectos relevantes e influyentes como la opinión que manifestarán los menores al respecto o el resultado de los informes de expertos.

¹¹ BARBERO, T; PEÑA, E; GAJA, I y GALÁN, C. *Modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. La nueva Ley del Divorcio*. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad. Madrid, 2005, p. 48.

¹² SOLA PASCUAL, A., “La custodia compartida no es una medida excepcional, sino que debe considerarse normal e incluso deseable”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 4/2013, Pamplona, 2013.

En el texto “La guarda y custodia compartida no solicitada por los progenitores: la adopción de la medida y su problemática jurídica”¹³ (BIB 2013\1062) se recoge la habitualidad de las situaciones en las que uno solo de los padres solicita la concesión de la custodia compartida, para evitar así el relacionarse con sus hijos únicamente a través de un régimen de visitas ordinario, señala a continuación que “muchos progenitores optan por solicitar este régimen, ya que está demostrado que es menos traumático para los hijos, tras la ruptura de sus progenitores, y favorece el contacto, las relaciones entre padres e hijos, estimulando el cariño entre unos y otros y contribuyendo a que la institución de la patria potestad quede salvaguardada con la toma de decisiones relativas a los hijos de forma que ambos progenitores van a intervenir en ellas”, dejando patente la conveniencia de esta modalidad de guarda, por los beneficios que entraña para los hijos, haciéndoles afrontar la nueva situación de una forma mucho más llevadera.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto anteriormente, se puede determinar que la custodia compartida es un mecanismo jurídico adecuado para garantizar una continuidad similar de las relaciones de los padres con los hijos y para el mantenimiento del *status quo*. Sin embargo, pese a sus evidentes ventajas, y como ya se ha dejado entrever, no es un régimen que se pueda decretar en todos los casos, ya que son necesarios unos presupuestos básicos que se deben cumplir para que los acontecimientos posteriores se desarrollen de manera correcta y el bienestar de los hijos no se vea afectado. Es conveniente que los padres tengan una relación correcta entre sí, que puedan interactuar de forma educada y normalizada para poder así realizarse consultas sobre asuntos relacionados con los hijos que tienen en común y que además ambos se hubieran implicado previamente a la situación de crisis matrimonial en la educación y crianza de los hijos. Es decir, que hicieran antes en conjunto lo que ahora tienen que hacer por separado. Otras circunstancias, como que los menores estén sometidos a normas similares en ambos domicilios o cuestiones logísticas como que éstos se encuentren razonablemente próximos deberán ser también tenidas en cuenta.

Existen numerosas sentencias que apoyarían la petición de Pedro, por lo análogo de las circunstancias, entre las que se podrían citar las siguientes:

-La sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 20 de octubre de 2014 (JUR 2015\5669), en la que la custodia de la hija menor pasa de ser ejercida por la madre a compartida, dada la capacidad y disposición de los padres y a que contaban con apoyo familiar suficiente. En este caso, sería Pedro el progenitor que contaría con este apoyo, personalizado en su madre, que está jubilada y con quien convive.

-La sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de octubre de 2014 (RJ 2014\5165), donde se concede la custodia compartida pese a no existir una relación ideal entre los padres, citando textualmente “dado que la tensa situación que concurre en los cónyuges no consta que sea de un nivel superior al propio de la situación de una crisis conyugal. Por otro lado se acredita la favorable disposición de los menores, la gran aptitud de ambos padres para ostentar la custodia y que se abstienen de predisponer negativamente a los hijos, todo lo cual motiva la admisión del sistema de custodia

¹³ ROMERO COLOMA, A-M., “La guarda y custodia compartida no solicitada por los progenitores: la adopción de la medida y su problemática jurídica”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 863/2013, Pamplona, 2013.

compartida, como medida más favorable en interés de los menores”. La situación es parecida a la presente, los cónyuges no tienen una relación demasiado fluida, pero sin apartarse de lo que puede ser considerado como habitual cuando se da una situación de crisis matrimonial, mostrándose ambos como idóneos para cuidar a sus hijos.

-La sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 8 de Pamplona de 15 de septiembre de 2014 (JUR 2014\267663), que dispone lo siguiente: “entiendo la conveniencia, en interés del niño, de mantener un sistema en que ambos padres pueden seguir compartiendo la guarda, con un régimen de estancias que atendiendo a sus características psicológicas y necesidades, se articule sobre la base de que su atención directa sea la mayor posible y que a la vez, no le suponga demasiados cambios que altere sus hábitos”. Aquí se hace referencia a la conveniencia de esta modalidad de custodia en interés del menor debido a la mayor continuidad de la situación anterior que se deriva de ella. Pedrito, Isabelita y Carmen verían menos alterado su entorno familiar si es la custodia compartida la que se adopta, al poder seguir conviviendo con ambos progenitores de forma habitual.

-La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 19 de julio de 2011 (JUR 2011\323354), en la que se concede la custodia compartida pese a que los padres no residen en la misma población pero sí en poblaciones bastante cercanas, no teniéndose en consideración las dudas acerca de si serán los abuelos los que se harán cargo del menor durante la jornada laboral de la madre. Situación similar a la que se podría dar con Pedro y su madre, con la que convive y quien podría ayudarle a cuidar de sus hijos en aquellos momentos en los que su horario laboral no se lo permita.

-La sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 16 de septiembre de 2014 (JUR 2014\276233), en donde la mayor vinculación existente entre la menor y su madre no supone motivo para no conceder la custodia compartida, ni para que esta modalidad no funcione, “estimándose por el contrario que dicha circunstancia atendiendo al espacio de tiempo que la menor comparte con su padre con el régimen de visitas establecido [...], que dicho régimen ha venido desarrollándose con normalidad y la edad actual de la menor (3 años y medio prácticamente), puede ser perfectamente superada en el bien entendido que la menor pueda desarrollarse afectiva y emocionalmente de manera plena con ambos progenitores mediante la colaboración, el esfuerzo y un compromiso por ambas partes y la profundización en la comunicación y actitud de diálogo entre los [...] lo que permitirá reforzar los lazos que unen a padre e hija y así que esta se adapte a la nueva situación [...] en un ambiente de seguridad, ya que lo importante es que en el entorno familiar se sientan acogidos y recogidos”. Punto importante a tener en cuenta es la edad de la menor en este caso, bastante inferior que la de la hija pequeña de este matrimonio y la consideración de que esta forma de custodia favorece la adaptación de la menor a la situación y a su desarrollo.

4.4. Próximas modificaciones legislativas

El Código Civil es claro en su artículo 92: la custodia compartida sólo procederá si alguno de los padres la pide o si los dos lo hacen, dejando fuera de juego la posibilidad de otorgar este régimen si ninguno de los dos lo pide. Respecto a esto caben unas pequeñas puntualizaciones.

En primer lugar, tal y como ha recogido la doctrina¹⁴, se han dado casos en los que los tribunales han concedido la custodia compartida aunque ninguno de los padres solicitara tal institución. En el texto hace referencia a una sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Tenerife, en el que se produce esta circunstancia, aunque se elude el llamarla de este modo.

En segundo lugar, la modificación del Código Civil que va a ser llevada a cabo próximamente, incluye entre sus cambios la introducción de un nuevo artículo, el 92 bis, en el que se recoge la posibilidad de atribuir la custodia compartida aunque ninguno de los padres lo solicitara si así se protege el “interés superior de los hijos”, siendo en todo caso una medida excepcional. Al hilo de esta modificación, cabe señalar que se espera que la nueva Ley para el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental incluya una serie de modificaciones que incentiven la concesión la custodia compartida en los casos de separación y divorcio, y que el Consejo de Estado rechazó recientemente, como ya se ha apuntado, la posibilidad de que se concediera este régimen si no era solicitado por los padres.

Por último, es importante hacer referencia a una nueva línea jurisprudencial en lo relativo a la custodia compartida, que se ha incrementado en los últimos años y que resuelve otorgando la titularidad de la vivienda familiar a los hijos, siendo los padres los que se trasladen al domicilio que antes ocupaban todos ellos (sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 26 de septiembre de 2014, -JUR 2014\298695-). Esto se entiende como una medida que favorece a los menores, al sacarlos menos de su entorno habitual, aunque es de difícil aplicación porque en algunos casos obligaría a que se mantuvieran tres viviendas con los mismos recursos con los que antes se mantenía una. Hay diversas posibilidades acerca de esta opción, encontrándose también la de realizar una división en la vivienda original. Esta solución acerca de la atribución de la vivienda sería también una de las opciones a valorar por el Juez, teniendo también en cuenta el hecho de que Pedro reside ahora en otra vivienda junto a su madre, situándose esta bastante próxima a la vivienda familiar.

¹⁴ ROMERO COLOMA, A-M., “La guarda y custodia compartida no solicitada por los progenitores: la adopción de la medida y su problemática jurídica”.

5) Isabel se opone a la petición de custodia compartida formulada por Pedro. ¿Qué normativa sería de aplicación?

Para la determinación de la normativa aplicable al proceso la cuestión que hay que tener en cuenta es la vecindad civil, que determinará cuál es la ley aplicable al caso. Se atenderá a la vecindad civil de los hijos, que es lo procedente en este caso, tal y como señala al respecto el artículo 9.4 del Código Civil, el cual dispone que tanto las relaciones paternofiliales como el carácter y el contenido de la filiación estarán regidos por la ley personal del hijo, y de no poder determinarse esta por la de su residencia habitual.

Esta precisión lleva hasta el artículo 14 del Código Civil, en el cual se establece lo siguiente: *“1. La sujeción al derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil”*. Procede entonces determinar la vecindad civil de Pedrito, Isabelita y Carmen. Dispone a este respecto este mismo artículo que si los padres no tienen la misma vecindad civil en el momento de nacer el hijo, este ostentará *“la que corresponda a aquél de los dos respecto del cual la filiación haya sido determinada antes; en su defecto, tendrá la del lugar del nacimiento y, en último término, la vecindad de derecho común”*. Teniendo en cuenta la existencia de un vínculo matrimonial entre Isabel y Pedro en el momento del nacimiento de todos sus hijos, no existe para ninguno de los tres una filiación determinada con anterioridad a otra, ya que al ser hijos nacidos dentro del matrimonio se presume que son hijos de ambos (artículos 115 y 116 del Código Civil). Es por ello por lo que el primer criterio legal no es de aplicación en este caso, teniendo que atenderse a otro. Parece oportuno considerar entonces, que, debido a que no ha sido determinada antes ni la filiación materna ni la paterna, el criterio al que se atiende sea el siguiente citado por la norma, es decir, el lugar de nacimiento.

Cuando se produce el nacimiento de Pedrito, el recién nacido adquiere entonces la vecindad civil madrileña, sucediendo lo mismo con los nacimientos posteriores de sus hermanas, Isabelita y Carmen, quienes también tienen vecindad civil madrileña.

Por otra parte, la adquisición de la vecindad civil de forma no originaria se produce, tal y como está contemplado en el artículo 14 del Código Civil, por residencia continuada de dos años, en el caso de que el interesado haga constar en el Registro Civil que esa es su voluntad; o por residencia continuada de diez años si no se produce declaración en contrario durante el mismo plazo. Es por ello que tanto Isabel como Pedro, al no tenerse noticia de que hayan formulado declaración en un sentido o en otro durante el tiempo que llevan residiendo en Madrid, han adquirido la vecindad civil madrileña por llevar viviendo en esta Comunidad Autónoma más de diez años, perdiendo, respectivamente la valenciana y la aragonesa.

Hay que tener presente además que la vecindad civil no se ve alterada por razón del matrimonio (artículo 14.4 del Código Civil), aunque los cónyuges que no estén separados podrán optar por la vecindad del otro. Es decir, al contar Isabel y Pedro contarán con vecindades civiles diferentes en el momento de contraer matrimonio, estas no se verían afectadas por el simple hecho de haberlo contraído. Sin embargo pudieron de optar por la del otro, posibilidad con la que ya no cuentan al encontrarse actualmente separados de hecho.

Hay que tener también en cuenta, que según el artículo 14.3 del Código Civil, los padres, o aquel de ellos que tenga atribuida o ejerza la patria potestad podrá atribuir su vecindad civil al hijo hasta seis meses después del nacimiento o la adopción. Respecto a esto no se tienen datos de que ninguno de ellos haya llevado a cabo este acto de atribución.

A mayores, se puede señalar decir que en el hipotético caso de que una filiación hubiera sido determinada con anterioridad lo cual no parece suceder en este supuesto, dadas las circunstancias que se conocen; tanto Pedrito como Isabelita contarían actualmente con la vecindad civil madrileña, al llevar residiendo más de diez años en la Comunidad de Madrid. Carmen no, ya que es menor de diez años y el cambio en la vecindad civil de los padres no afecta a la de los hijos (artículo 14.3 del Código Civil), por lo que seguiría teniendo la vecindad civil del progenitor cuya filiación se hubiera determinado antes. Por ejemplo, hipotéticamente, si se determinara que su vecindad es la valenciana, se aplicaría la normativa de esta Comunidad Autónoma, que establece el régimen de custodia compartida como preferente (el artículo 5 de la Ley 5/2011, de 1 de abril de la Generalitat Valenciana, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven establece el principio general de atribución compartida a ambos progenitores del régimen de convivencia), pero, tal y como reza su articulado, sólo será de aplicación para aquellos hijos que ostenten la vecindad civil valenciana, lo cual, *a priori*, en este caso, no sucede. De todas maneras, tampoco parecería muy aconsejable la aplicación de dos normativas al proceso, estableciendo al respecto la doctrina¹⁵ que “la cuestión se complicaría aún más cuando dentro de un mismo grupo familiar hubiera hijos con diferente vecindad civil, porque se plantearía la cuestión de si cada uno de ellos habría de regularse por una ley, o sería más conveniente aplicar la misma respecto de todos ellos”.

Otra diferencia que podría existir entre los hermanos es la derivada de que los menores de edad y mayores de catorce años tienen cierto poder de decisión sobre su vecindad civil, ya que, a partir de esta edad, y hasta el momento en el que transcurra un año de su emancipación, tendrán la capacidad de optar por la vecindad civil de su lugar de nacimiento o por la última que tuvieran sus padres, necesitando la asistencia de su representante legal los menores no emancipados. Pedrito tendría por tanto esta capacidad de opción, mientras que sus hermanas, menores de catorce años, no.

Después de realizar estas puntualizaciones, la conclusión a todo lo anterior es que la ley que sería de aplicación al proceso es la normativa contenida en el Código Civil, ya que la Comunidad de Madrid no cuenta con una ley específica al respecto, a diferencia de lo que sucede en otras Comunidades Autónomas, como son precisamente la Comunidad Valenciana y Aragón. Para decidir si procede o no la custodia compartida se atendería entonces a los presupuestos y circunstancias que ya se han recogido anteriormente acerca de su procedencia.

¹⁵ CONDE-PUMPIDO GARCÍA, J-L., “Ley valenciana de custodia compartida”, en *Revista de Treball, Economia i Societat*. Castellón, 2011, nº 62 (II) página 6.

6) La denuncia presentada por Isabel contra Pedro, ¿podría acarrear la denegación de solicitud de custodia compartida instada por Pedro?

6.1. La previsión del artículo 92.7 del Código Civil

El artículo 92.7 del Código Civil es tajante en este aspecto, señalando respecto a esto la improcedencia de la guarda conjunta si *“cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos”* o también cuando el Juez perciba indicios de la existencia de violencia doméstica.

Partiendo de este presupuesto legal parecería claro señalar que la denuncia presentada por Isabel contra Pedro a causa del incidente doméstico en el que ambos se vieron implicados, podría desembocar en una denegación de la petición de custodia compartida formulada por Pedro. Se consideraría iniciado un procedimiento penal por un delito o falta contra la integridad física de Isabel (artículos 147, 152 y 153 del Código Penal), del cual Pedro sería presunto autor.

La razón de ser de esta especificación de la norma reside en el hecho de que podría producirse una situación de riesgo para los hijos menores en el caso de tener que convivir de manera habitual con una persona que ha tenido comportamientos enmarcados en un amplio espectro de violencia hacia el que era su cónyuge, suponiendo un ambiente inadecuado para su crianza y educación.

La tónica general de la jurisprudencia es que ante casos de esta naturaleza no se conceda la custodia compartida. En esta línea se encuentran numerosas sentencias, como la 25 de abril de 2013 de la Audiencia Provincial de Murcia (JUR 2013\202016) en donde se señala la imposibilidad de acordar la custodia compartida por aplicación del artículo 92.7 del Código Civil, al haber sido el padre condenado en sentencia firme por un delito de amenazas en el ámbito familiar, pese a que no se hubiera invocado el citado artículo por la parte demandante, ya que al ser una cuestión de orden público el Tribunal no se encontraba sometido al principio dispositivo de las partes.

Otra sentencia que sigue la misma línea es la de 30 de septiembre de 2014 de la Audiencia Provincial de Zaragoza (JUR 2014\261589) en donde se señala que pese a no figurar ninguna restricción a los derechos de la madre como tal, al existir una condena firme por violencia doméstica que le impide estar a menos de 200 metros del padre y comunicarse con él; el desarrollo de la custodia compartida no se podría realizar de manera adecuada para el interés del menor. Entendiéndose más favorable para el menor la custodia paterna exclusiva. Se aprecia que la concurrencia de un delito violento, además de una orden de alejamiento, supone la inaplicación de la custodia compartida en este caso, concediéndose al padre la custodia total.

La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2011 (RJ 2011\3152) va aún más allá, señalando que pese a que el concreto delito por el que había sido condenado el padre no estuviese incluido en la lista del 92.7 del Código Civil podría ser

igualmente constitutivo de indicio de violencia o situación conflictiva entre los cónyuges, no procediendo para este caso el régimen compartido de custodia.

6.2. Otra línea jurisprudencial. Apreciación de ciertas circunstancias

Sin embargo, es importante hacer referencia en este punto al hecho de que no en todos los casos se impide la concesión de la custodia compartida a una persona que ha sido condenada en un proceso penal en el marco de la violencia de género. A este respecto se puede citar el reciente auto del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (JUR 2014/216178, de 23 de mayo de 2014), en el que desestimaba por razones procesales (recordando, entre otras cosas, que su naturaleza no es la de ser una tercera instancia) un recurso de casación contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (JUR 2014/5729, sentencia de 15 de octubre de 2013) en la que se otorgaba la custodia compartida de su hijo menor a un condenado por violencia de género.

Las razones que llevaron a esta Audiencia Provincial, y previamente al Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 1 de Dénia a conceder esta modalidad de custodia (sentencia de 13 de diciembre de 2012, JUR 2014\100890) son las siguientes y merecen ser analizadas: "...la vigente norma anuda ese presupuesto a la circunstancia de que la aplicación de dicho régimen entrañe un riesgo objetivo para los hijos o para el otro progenitor; extremo este que no se ha podido constatar en autos, tal y como refleja la Juez a quo en su sentencia, no sólo por la propia declaración de la madre, sino por el hecho de que, tras la separación de hecho y la adopción de medidas provisionales, el régimen de visitas se ha venido cumplido adecuadamente, sin que se haya producido incidente alguno que desaconseje la corresponsabilidad del padre en la realización de las funciones propias del cuidado del menor, tal y como venía haciéndolo durante la convivencia conyugal...".

En primera instancia, la sentencia disponía que no era suficiente con que un progenitor estuviera incurso en un proceso penal por violencia doméstica para verse privado de la posibilidad de obtener un régimen de custodia compartida, siendo necesario además para ello, que la conducta penalmente relevante de dicho progenitor fuera constitutiva de riesgo para los hijos o para el otro progenitor, teniendo siempre presente el principio *favor filii*, puesto que, de no ser así "el castigo al progenitor derivaría en un perjuicio para los hijos, que se verían privados de una relación normalizada con uno de sus progenitores sin causa objetiva para ello". Sirviendo así todo ello de base a lo que posteriormente acordó la Audiencia Provincial.

El hombre en este caso había sido condenado previamente por un delito de lesiones leves en el ámbito de la violencia de género y existía otro procedimiento penal incoado por una presunta falta de vejaciones. Es decir, existía un historial de violencia, aunque no demasiado extenso ni habiendo ocasionado lesiones graves. Estas circunstancias, unidas al hecho de que el padre había cumplido con su hijo en sus obligaciones para con él, han determinado que el Juez no aprecie la existencia de una situación de riesgo ni para el menor ni para su madre, autorizando por ello la custodia compartida de ambos padres sobre el niño.

Otra sentencia que sigue la misma interpretación es la de 23 de octubre de 2006 de la Audiencia Provincial de Castellón (JUR 2007/228244), que versa de la siguiente manera “...la levedad de los hechos denunciados no permite hablar de violencia de género, y se contradice con la relación correcta que han mantenido los cónyuges entre sí hasta el cese de la convivencia, y con la óptima relación que ambos mantienen con su hijo. En atención al interés del menor, que ha de prevalecer en esta jurisdicción civil [...] por encima de cualquier otra consideración, la custodia compartida aparece en el supuesto concreto aquí enjuiciado como la más favorable para el interés del hijo menor...”.

Pedro ha cumplido con sus hijos, manifestando incluso los mayores tener mejor relación con él que con Isabel. En cuanto a las circunstancias de la relación conyugal, no parecía que en su hogar se produjeran episodios que pudieran ser calificados como de violencia doméstica. En ningún momento, aparte de en el de la narración del desgraciado incidente con la maleta, se narran hechos que pudieran ser considerados como tal. No consta que se haya producido otros incidentes violentos de los que él formara parte, ni con sus hijos ni tampoco con su mujer. La pareja discutía, pero no parece que hubiera un clima de violencia en el hogar ni que Pedro pueda llegar a representar un factor de riesgo objetivo para Isabel ni para sus tres hijos, careciendo además de antecedentes penales. Por otra parte, dada la narración de los hechos, de la que se puede entender fácilmente que son de naturaleza leve y que todo sucedió de manera fortuita; es probable de que el procedimiento penal acabe con la absolución de Pedro, pues puede considerarse que lo ocurrido fue un desafortunado accidente.

Es por ello, que pese a la claridad de lo dispuesto en el artículo 92.7 de Código Civil, existiría la posibilidad de que pese a la denuncia que ha sido presentada contra él, Pedro pueda llegar a conseguir la custodia compartida de sus tres hijos, si el Juez aprecia razones similares a las de las tres últimas sentencias anteriormente referidas. Se podría entonces considerar que no es adecuado impedir el contacto continuo de Pedrito, Isabelita y Carmen con su padre, ya que este contacto sería óptimo para su desarrollo, teniendo en cuenta que el desafortunado incidente no parece que suponga en principio una situación de riesgo para ellos.

Se podría señalar en este punto que estas últimas son sentencias de la Comunidad Valenciana, autonomía en la cual existe, como se ha señalado, una ley relativa a la custodia compartida que prima esta modalidad de custodia por encima de otras. Sin embargo, en el caso de la sentencia del año 2006, dicha ley no estaba aún en vigor, por lo que el posible favorecimiento a la concesión de la custodia compartida no podría ampararse en este motivo.

7) Valore las implicaciones fiscales de la adopción de la custodia compartida.

7.1. Aplicación del mínimo por descendientes en los casos de custodia compartida y comparación con los casos de atribución de régimen de visitas a uno de los padres

La convivencia con ambos progenitores derivada de la custodia compartida permitiría que tanto Isabel como Pedro pudieran aplicar el mínimo por descendientes. El importe del mínimo exento establecido en la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (Ley 35/2006 de 28 de noviembre) se encontraría en este caso prorrateado por partes iguales entre ambos (artículos 58 y 61 de la Ley 35/2006).

Existe una especialidad en lo que sucede con la aplicación de este concepto respecto a otros casos en este impuesto, y es que no se exige que se produzca una situación de convivencia a día 31 de diciembre, que es cuando se devenga el impuesto. Todo ello se puede considerar como una promoción de la custodia compartida en forma de beneficio fiscal.

Este prorrateo del mínimo por descendientes no se produce en los casos en los que uno de los cónyuges convive con los hijos y el otro le satisface una pensión de alimentos. Es decir, en el también posible caso de que Isabel tuviera la custodia total de los tres hijos que tiene con Pedro y este disfrutara de un régimen de visitas, teniendo además la obligación de satisfacer una pensión de alimentos a los menores, este prorrateo no se podría aplicar.

En caso de producirse esta última posibilidad, es decir, de no concederse la custodia compartida y de tener Isabel la exclusiva y Pedro que satisfacer una pensión a sus hijos, este tendría la opción de dividir su Base Imponible General del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en dos, encontrándose por un lado el importe de las anualidades por alimentos a sus hijos y por el otro el resto de cantidades que compusieran este particular. Se liquidarían por separado ambos fragmentos, lo cual resultaría que el tipo medio de gravamen sería más bajo que si la división de la Base Imponible General no hubiera tenido lugar, consistiendo esto en una limitación a la característica progresividad que es una de las notas generales de este Impuesto (artículos 64 y 75 de la Ley 35/2006).

Hasta la fecha no era posible la combinación de ambos beneficios en un único contribuyente, ya que, en caso de custodia compartida tenía lugar el prorrateo del mínimo por descendientes entre los progenitores, pero no se permitía la división de la Base Imponible. Es decir, aquel progenitor que combinando las dos características necesarias: tener la custodia compartida sobre sus hijos y además satisfacer una anualidad por alimentos, sólo podía acogerse al beneficio fiscal correspondiente a la primera de estas situaciones. Esto se debe al requisito necesario para la concesión del segundo de los beneficios la no convivencia con los hijos del cónyuge que lo aplica, lo cual invalida totalmente su consideración en los casos de custodia compartida.

7.2. Posición de la Agencia Tributaria y contenido de la nueva Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

La Agencia Tributaria consideraba discriminatoria la aplicación simultánea de ambos incentivos fiscales en los casos de custodia compartida en relación con la situación fiscal correspondiente a los matrimonios con hijos. Sin embargo, el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) el pasado otoño dictaminó en un recurso extraordinario para la unificación de criterio¹⁶ que es posible la combinación.

Se buscaba así que el otorgamiento de este régimen sobre los hijos sea la manera más común de resolver. Esto estaría en consonancia con las leyes que en cierto modo promueven o incentivan la custodia compartida y que en los últimos años se han promulgado en Aragón y en la Comunidad Valenciana.

Sin embargo, y pese este dictamen anteriormente mencionado, la última modificación legislativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, posterior a él, operada por la Ley 26/2014 de 27 de noviembre; no permite la aplicación de lo señalado por el Tribunal Económico Administrativo Central, y deja patente la imposibilidad de aplicar simultáneamente el mecanismo corrector de la progresividad y el mínimo por descendientes en los casos de custodia compartida. Lo que parecía que iba a ser un incentivo fiscal para esta modalidad de custodia no ha llegado definitivamente a buen puerto.

Por lo que el único beneficio fiscal que será de aplicación es el hasta ahora contemplado, ambos podrían beneficiarse de la aplicación del mínimo por descendientes en la manera en la que previamente se ha señalado.

¹⁶ Dictamen del Tribunal Económico Administrativo Central de 11 de septiembre de 2014 (03654/2014/00/00).

BIBLIOGRAFÍA

Manuales, monografías y artículos

-BARBERO, T; PEÑA, E; GAJA, I y GALÁN, C., *Modificación del Código Civil y la Ley en materia de separación y divorcio. La nueva Ley del Divorcio*. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2005.

-BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (ed alt.). *Derecho de Familia*. Bercal, Madrid, 2013.

-CONDE-PUMPIDO GARCÍA, J-L., “Ley valenciana de custodia compartida”, en *Revista de Treball, Economia i Societat*, nº 62 (II), Castellón, 2011. (<http://www.ces.gva.es/pdf/trabajos/revista62/art1.pdf>).

-DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. Tomo 1. Derecho de Familia*. Tecnos, Madrid, 2012.

-LACRUZ VERDEJO, J-L., *Elementos de Derecho Civil en Derecho de familia. Principios de Derecho Civil IV*. LASARTE GONZÁLEZ, C., Marcial Pons, Madrid, 2009.

-LASARTE GONZÁLEZ, C., *Derecho de familia. Principios de Derecho Civil IV*. Marcial Pons, Madrid, 2009.

-MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P. Y PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., *Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia*. Colex, Majadahonda, 2011.

-RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F. *Ejercicio de la Patria Potestad cuando los Padres No Conviven*. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

-ROMERO COLOMA, A. M., “La guarda y custodia no solicitada por los progenitores: la adopción de la medida y su problemática jurídica”. *Actualidad jurídica Aranzadi*, (863/2013) (BIB 2013\1062), 2013.

-SOLA PASCUAL, A. “La custodia compartida no es una medida excepcional, sino que debe considerarse normal e incluso deseable. *Revista Aranzadi*”, (4/2013) (BIB 2013\1422), 2013.

Normas

-Proyecto de Ley estatal sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental.

-Ley 26/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifican la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, de Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el texto refundido de

la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, y otras normas tributarias.

-Ley 5/2011, de 1 de abril de la Generalitat Valenciana, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

-Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

-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.

-Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

-Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, Código Penal.

-Ley 30/1981, de 7 de julio, del divorcio.

-Constitución Española de 6 de diciembre de 1978.

-Ley de 2 de marzo de 1932, de divorcio.

-Real Decreto de 24 de julio de 1889, Código Civil.

Otras fuentes

-Dictamen del Tribunal Económico Administrativo Central de 11 de septiembre de 2014 (03654/2014/00/00).

-Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia de 24 de julio de 2014 (438/2014).

-Instituto Nacional de Estadística (INE) (www.ine.es)

Apéndice jurisprudencial. Resoluciones judiciales (referencias Aranzadi).

Tribunal Constitucional:

-Sentencia de 17 de octubre de 2012 del Tribunal Constitucional (RTC 2012\185).

Tribunal Supremo:

-Sentencia de 16 de octubre de 2014 del Tribunal Supremo (RJ 2014\5165).

-Sentencia de 3 de junio de 2013 del Tribunal Supremo (RJ 2013\4366).

-Sentencia de 29 de abril de 2013 del Tribunal Supremo (RJ 2013\3269).

-Sentencia de 17 de diciembre de 2012 del Tribunal Supremo (RJ 2013\377).

-Sentencia de 21 de octubre de 2012 del Tribunal Supremo (RJ 2012\9727).

-Sentencia de 9 de febrero de 2012 del Tribunal Supremo (RJ 2012\2040).

-Sentencia de 24 de noviembre de 2011 del Tribunal Supremo (RJ 2012\573).

-Sentencia de 3 de octubre de 2011 del Tribunal Supremo (RJ 2011\6697).

-Sentencia de 14 de junio de 2011 del Tribunal Supremo (RJ 2011\4527).

-Sentencia de 7 de abril de 2011 del Tribunal Supremo (RJ 2011\3152).

-Sentencia de 3 de octubre de 2008 del Tribunal Supremo (RJ 2008\7123).

-Sentencia de 12 de julio de 2004 del Tribunal Supremo (RJ 2004\4344).

-Sentencia de 2 de diciembre de 1987 del Tribunal Supremo (RJ 1987\9174).

-Sentencia de 25 de junio de 1987 del Tribunal Supremo (RJ 1987\4553).

Tribunales Superiores de Justicia:

-Auto de 23 de mayo de 2014 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (JUR 2014/216178).

Audiencias Provinciales:

-Sentencia de 20 de octubre de 2014 de la Audiencia Provincial de Asturias (JUR 2015\5669).

-Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 8 de octubre de 2014 (JUR 2015\4786).

-Sentencia de 30 de septiembre de 2014 de la Audiencia Provincial de Zaragoza (JUR 2014\261589).

-Sentencia 26 de septiembre de 2014 de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (JUR 2014\298695).

-Sentencia de 16 de septiembre de 2014 de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (JUR 2014\276233).

-Sentencia de 15 de octubre de 2013 de la Audiencia Provincial de Alicante (JUR 2014/5729).

-Sentencia de 25 de abril de 2013 de la Audiencia Provincial de Murcia (JUR 2013\202016).

-Sentencia de 19 de julio de 2011 de la Audiencia Provincial de Valencia (JUR 2011\323354).

-Sentencia de 21 de mayo de 2010 de la Audiencia Provincial de Madrid (JUR 2010\258780).

-Sentencia de 23 de octubre de 2006 de la Audiencia Provincial de Asturias (JUR 2007\46326).

-Sentencia de 23 de octubre de 2006 de la Audiencia Provincial de Castellón (JUR 2007/228244).

-Sentencia de 16 de octubre de 2006 de la Audiencia Provincial de Tenerife (JUR 2007\1346).

-Sentencia de 21 de febrero de 2000 de la Audiencia Provincial de Barcelona (AC 2000\2969).

-Sentencia de 29 de diciembre de 1997 de la Audiencia Provincial de Soria (AC 1997\2556).

-Sentencia de 27 de noviembre de 1995 de la Audiencia Provincial de Zaragoza (AC 1995\2224).

-Sentencia de 22 de diciembre de 1994 de la Audiencia Provincial de Tarragona (AC 1994\2537).

Otros órganos:

-Sentencia de 15 de septiembre de 2014 del Juzgado de Primera Instancia número 8 de Pamplona (JUR 2014\267663).

-Sentencia de 13 de diciembre de 2012 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 1 de Dénia (JUR 2014\100890).