



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

La custodia compartida: Requisitos y legislación aplicable

María Guadalupe Vázquez González

ÍNDICE

Abreviaturas y Palabras Clave – **Pág. 3**

ANEXO I – SUPUESTO PRÁCTICO – **Pág. 5**

I. A partir de los hechos descritos, ¿concurren los requisitos exigidos para que Isabel presente demanda de separación o directamente puede solicitar el divorcio? – **Pág. 9**

II. Isabel solicita tener la custodia exclusiva de sus tres hijos. ¿Qué razones o argumentos justificarían su petición? – **Pág. 15**

III. Además de pedir la custodia de los hijos, Isabel solicita la correspondiente pensión compensatoria y pensión de alimentos. Justifíquese su procedencia o improcedencia – **Pág. 20**

IV. Pedro se opone a la custodia exclusiva a favor de la madre y solicita la custodia compartida. ¿Qué razones o argumentos justificarían su petición? – **Pág. 28**

V. Isabel se opone a la petición de la custodia compartida formulada por Pedro. ¿Qué normativa sería de aplicación? – **Pág. 32**

VI. La denuncia presentada por Isabel contra Pedro ¿podría acarrear la denegación de la solicitud de custodia compartida instada por Pedro? – **Pág. 36**

VII. ¿Cuáles serían las implicaciones fiscales de la adopción de la custodia compartida? – **Pág. 42**

Conclusiones finales – **Pág. 49**

Bibliografía – **Pág. 53**

Abreviaturas

AEAT: Agencia Estatal de Administración Tributaria

CC: Código Civil

CP: Código Penal

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

LIRPF: Ley del Impuesto Sobre las Personas Físicas

TEAC: Tribunal Económico-Administrativo Central

Palabras Clave

Patria potestad: relación existente entre los progenitores y los hijos y que lleva aparejada el conjunto de deberes y derechos de los padres para con los hijos menores de edad no emancipados, y su protección. Tiene por objeto el cuidado, desarrollo y educación integral de los mismos. Comprende la guarda, representación y la administración de sus bienes.

Custodia compartida: La custodia compartida es la situación legal mediante la cual, en caso de separación o divorcio, ambos progenitores ejercen la custodia legal de sus hijos menores de edad, en igualdad de condiciones y de derechos sobre los mismos. Se contraponen a la figura de la custodia monoparental que es ejercida por uno solo de los progenitores.

Custodia exclusiva: Es la situación legal en la que uno de los padres es el tutor principal del niño, y convive físicamente con él. Este padre tiene la custodia principal, aunque en condiciones normales la patria potestad sigue perteneciendo a ambos progenitores, mientras que al otro padre se le otorga un régimen de visitas.

Pensión compensatoria: La pensión compensatoria se establece judicialmente para reparar el desequilibrio económico que puede producir la ruptura matrimonial en uno de los cónyuges.

Pensión de alimentos: La pensión de alimentos es la contribución económica que presta el progenitor que no tenga la guarda y custodia de un hijo común, para cubrir las necesidades ordinarias del hijo. Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación, la atención médica y hospitalaria, los gastos para la educación de los menores y aún de los mayores cuando no hayan terminado su formación por causa que no les sea imputable.

Favor Filii o Favor Minoris: Principio que representa el interés superior del menor

ANEXO I - Supuesto práctico

El caso que se nos propone trata sobre la ruptura conyugal de una pareja que contrae matrimonio en 1999, y deciden poner fin a su convivencia en 2014, solicitando cada uno diferentes intereses en cuanto a sus hijos.

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 3.500€ 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.

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, sobretodo 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, sobretodo con la pequeña, quien se acuesta más temprano que sus hermano 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 su 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.

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€ 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 aun lugar.

Con los datos de los que se dispone, analizaremos a continuación las cuestiones planteadas.

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

En primer lugar, debemos ponernos en antecedentes para entender así la actual legislación sobre Separación y Divorcio de nuestro país, que se ha visto afectada por un gran cambio con la entrada en vigor de la Ley 15/2005.

Hasta la llegada de esta Ley, la materia de divorcio venía regulada en la ya derogada Ley 30/1981 de 30 de julio donde, hasta el momento de la reforma, se habían sucedido pocas modificaciones legislativas. Con esta Ley se había sentado una doctrina de aplicación restrictiva de las causas de separación o disolución del matrimonio que, en términos similares a la Ley republicana de 1932 (con la que se introdujo por primera vez en España el término divorcio), condicionaba el divorcio sin causa al acuerdo ambos cónyuges, exigiendo además la separación conyugal previa para legitimar la disolución del matrimonio. Es decir, dejaba inexistente cualquier posibilidad de divorcio directo sin mediar previamente una situación de separación.

Con la entrada en vigor de la Ley 15/2005 se producen dos hechos significativos que marcarán un punto de inflexión en cuanto a la materia reguladora de la separación y el divorcio:

Por una parte, la reforma suprime el requisito de separación previa (el llamado “doble procedimiento”), modificando radicalmente el régimen establecido en el Código Civil (en adelante, CC) en su artículo 81 y ss., y estableciendo así la figura novedosa del divorcio directo.

Por otra parte, se suprime la necesidad de alegar ninguna causa para ello, y se reduce el plazo a tres meses permitiéndolo, incluso, sin necesidad de ningún plazo en los casos de violencia de género.

Con estas novedades se produce una notable simplificación del proceso, facilitando enormemente la disolución del matrimonio. Esto da entrada a lo que se ha conocido con el término de “divorcio express”, que configura el cese de la convivencia conyugal como una situación que se pretende resolver lo más rápidamente posible, y causando los menores daños tanto a los cónyuges como a los posibles hijos a su cargo. La separación pierde gran parte del sentido que tenía en nuestro Derecho, y cabe esperar que se convierta en una figura residual.

Así pues la legislación actual, redactada nuevamente en consecuencia de la reforma, establece que:

“Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:

1. A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código.
2. A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración el matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda 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.

A la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación”.¹

¹ Art. 81 CC

Como se deja entrever de este artículo, se contemplan dos modalidades de divorcio: por acuerdo o por voluntad unilateral. Esto deja, por tanto, sin efecto la antigua condición que exigía la existencia de acuerdo entre las partes. Ya no es necesario y, en consecuencia, en nuestro caso es suficiente con la voluntad de Isabel tanto para la separación como para el divorcio.

En cuanto al divorcio, el Código queda redactado de la siguiente manera:

“Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81.

El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá contener, al menos, los siguientes extremos:

1. El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos”.²

Con la legislación vigente en la mano podemos ya analizar el supuesto que se nos presenta. De esta forma, y en relación a la pregunta que se nos plantea, podemos concluir que sí concurren los requisitos necesarios tanto para presentar la demanda de separación como para solicitar directamente el divorcio.

Si Isabel decidiese presentar la demanda de separación, el apartado b del artículo 81 ampara esta posibilidad a petición de uno solo de los cónyuges (sería ya indiferente, por lo tanto, la conformidad de Pedro en la decisión) y la única condición pasaría a ser que hayan transcurrido al menos tres meses desde la celebración del matrimonio que se nos exige en la nueva Ley.

A partir de los hechos descritos sabemos que Isabel y Pedro contrajeron matrimonio el 10 de agosto de 1999, y ésta decide poner fin a su matrimonio en 2014.

² Art. 86 CC

Se cumple, por tanto, la única condición exigida de haber transcurrido el periodo mínimo de tres meses.

En caso de elegir esta opción, Isabel deberá acompañar a la demanda una propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación, conteniendo, en todo caso, el cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su casa, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.

Si, finalmente, Isabel decide solicitar el divorcio, los requisitos exigidos por el artículo 86 son los mismos que necesitaría para interponer la demanda de separación. Es obvio, pues, que también cumple con lo exigido en este artículo para proceder directamente al divorcio.

La decisión, como se puede concluir de lo explicado, es desde 2005 una preferencia hacia cualquier de las opciones que tenga el cónyuge (con o sin conformidad del otro) o de ambos, teniendo total libertad de decantarse por una u otra.

Es, por ello, que en parte se pierde el sentido que en su momento se dio a la separación (como ya se ha mencionado), como un intervalo de tiempo –necesario- que en la mayoría de casos se producía hacia el divorcio, y que en otros casos concluía sin él, aun que no siempre implicaba una reconciliación.

Antes de la reforma

Para terminar, me parece necesario hacer referencia a algunos apuntes históricos que ayudan a comprender mejor el gran cambio que sufren la Separación y el Divorcio con la reforma de la Ley 15/2005.

El ya derogado art. 81 del CC establecía que “Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:

1. A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurrido el primer año de matrimonio. Deberá necesariamente acompañarse a la demanda la propuesta del convenio regulador de la separación, conforme a los artículos 90 y 103 de este Código.
2. A petición de uno de los cónyuges, cuando el otro esté incurso en causa legal de separación”.

El primer cambio, por tanto, lo percibimos en el plazo, ya que debía haber transcurrido un año desde la celebración del matrimonio. Por otro lado, solo se contempla la posibilidad de que lo acuerden ambos, o uno con el consentimiento del otro.

El segundo punto ya da opción a que solo exista voluntad por una de las partes, pero debe estar el otro incurso en una causa legal de separación, que son las siguientes:

“-El abandono injustificado del hogar, la infidelidad conyugal, la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales. No podrá invocarse como causa la infidelidad conyugal si existe previa separación de hecho libremente consentida por ambos o impuesta por el que la alegue.

-Cualquier violación grave o reiterada de los deberes respecto a los hijos comunes o respecto de los de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar.

-La condena de privación de libertad por tiempo superior a seis años.

-El alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales, siempre que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia.

-El cese efectivo de la convivencia conyugal durante seis meses, libremente consentido.

-El cese efectivo de la convivencia conyugal durante, al menos, un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación formulada por ambos cónyuges”.³

³ Antiguo Art. 82 Ley 30/1981 (DEROGADO)

La última causa sería cualquiera de las causas de divorcio que establecía el artículo 86:

“-El cese efectivo de la convivencia conyugal durante, al menos, un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación formulada por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, cuando aquélla se hubiera interpuesto una vez transcurrido un año desde la celebración del matrimonio.

-El cese efectivo de la convivencia conyugal durante, al menos, un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal, a petición del demandante o de quien hubiere formulado reconvencción conforme a lo establecido en el artículo 82, una vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación o, si transcurrido el expresado plazo, no hubiera recaído resolución en la primera instancia.

-El cese efectivo de la convivencia conyugal durante, al menos, dos años ininterrumpidos desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho o desde la firmeza de la resolución judicial, o desde la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges a petición de cualquiera de ellos.

-Cuando quien pide el divorcio acredite que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurso en una causa de separación.

-El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de, al menos cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges.

-La condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes.”⁴

Es fácil entender en qué sentido se ha “simplificado” o “facilitado” el divorcio en nuestro país al observar la cantidad de “trabas” o requisitos que se establecían para conceder cualquiera de las dos pretensiones. Éstas han sido durante muchos años las

⁴ Antiguo Art. 86 Ley 30/1981 (DEROGADO)

causas requeridas para solicitarlos. Es obvio que era necesaria una nueva legislación más aplicable a la realidad social del momento, que llegó con la Ley 15/2005.

II. Isabel solicita tener la custodia exclusiva de sus tres hijos.

¿Qué razones o argumentos justificarían su petición?

En primer lugar debemos entender qué es lo que solicita realmente Isabel con el concepto “custodia exclusiva”, y para ello necesitamos aclarar la diferencia entre la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos.

Nuestro CC regula separadamente estas dos instituciones. La patria potestad aparece regulada bajo el nombre “De las relaciones paterno-filiales” en su Título VII, mientras que los distintos modelos de guarda y custodia encuentran su regulación en los artículos 90 y ss., como uno de los efectos de la nulidad, separación o divorcio.

A pesar de que el CC no la define, la patria potestad viene siendo considerada por la jurisprudencia como la *“función (deber-facultad) que incumbe a los progenitores con relación a sus hijos menores de edad, con independencia de si existe matrimonio o no entre estos. La patria potestad de la prole actúa como derecho inherente de la paternidad y maternidad y tiene indudable carácter de función tutelar que se configura como institución a favor de los hijos, no en interés del titular”*.⁵

Así pues, el primer concepto se entiende como algo inherente a los padres por el hecho de serlo, que les vincula a los hijos exista o no relación entre ellos como pareja y que, como veremos en adelante, es independiente del progenitor (o, en caso de custodia compartida, ambos) que posea la guarda y custodia de los hijos.

Isabel solicita la custodia exclusiva, y en caso de ser concedida ambos seguirían teniendo la patria potestad de sus tres hijos. Esto repercute en decisiones importantes que haya que tomar a lo largo del desarrollo de los menores, en las que Pedro seguiría

⁵ STS Sala 1ª, de 9 de julio de 2002 y SAP Baleares, Sala 3ª, de 5 de julio 2004

formando parte como padre. No se desvincula a ninguno de los progenitores de la vida y el crecimiento de los hijos.

En situaciones normales de convivencia de los padres, la titularidad de la patria potestad, su ejercicio, y la guarda y custodia coinciden en ambos progenitores. Aún así, el CC contempla otras dos situaciones, que son: la privación de la patria potestad (Art. 170 CC) o la atribución de su ejercicio a uno solo de los progenitores (Art. 156 CC).

Es importante recalcar, como se ha mencionado en la citada STS, que la función tutelar de la patria potestad es siempre en interés de los hijos, y no de los progenitores. Es primordial a la hora de otorgar cualquier derecho sobre los hijos que aquello que prime sea su interés (favor filii o favor minoris⁶) y, como veremos, así sucede también con la guarda y custodia.

En cuanto a la guarda y custodia de los hijos nos encontramos con un concepto que cobra verdaderamente sentido cuando no son ambos padres los que conviven con el hijo, “de tal manera que no es posible que, como se hace, de manera natural, a partir de la convivencia, los dos realicen materialmente las funciones encomendadas en la patria potestad”.⁷

Es en este punto donde diferenciamos la patria potestad como un término genérico y el de guarda o custodia como uno específico.

El CC en su art. 154 configura como uno de los deberes de la patria potestad el “tenerlos en su compañía”, por lo tanto será la guarda y custodia la que comprenderá aquellas funciones de la patria potestad que requieran de la convivencia con el hijo. Esta, por tanto, debe ser atribuida a uno u otro, a ambos de forma compartida, como consecuencia del cese de la vida en común de los progenitores.

⁶ Principio general y universal en derecho de familia del interés superior del menor

⁷ GARCÍA PASTOR, *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales*, McGraw Hill (Monografías), Madrid, 1997, pág. 74

En cualquier caso “la separación, nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos”.⁸ De la misma forma que si en ningún momento hubiera llegado a existir el matrimonio, los progenitores tienen obligaciones para con los hijos, a los que debe afectar lo menos posible su separación o cese de convivencia.

Lo que solicita Isabel es la atribución en exclusiva de la guarda y custodia de sus tres hijos, teniendo Pedro un derecho de visitas sobre ellos.

En consecuencia de esto, el progenitor sobre el que recaiga la guarda y custodia será también beneficiario de la atribución de la vivienda, así como de la correspondiente pensión de alimentos⁹.

A la hora de decidir el progenitor sobre el que recaerá la custodia entran en juego los dos principios fundamentales a los que el juzgador viene dando mayor importancia:

- El interés de los hijos

Es principio elemental y necesario el beneficio de los menores. Es decir, prevalece por encima de lo demás llegando a ser un interés primordial el hecho de que prime el interés de los hijos por encima de cualquier interés de los progenitores. A ellos debe afectarles lo menos posible el cambio de situación de vida de sus progenitores.

- Discrecionalidad Judicial

Impera un amplísimo arbitrio judicial que permite adoptar cualquier medida que se considere conveniente para los menores. Habrá que atender el caso concreto y el interés de los hijos.

⁸ Art. 92.1 CC

⁹ GARCIA RUBIO Y OTERO CRESPO, “Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº8 (febrero 2006), pág. 75.

Isabel, respaldándose en el interés de sus hijos, podría entonces solicitar la custodia exclusiva basándose en la falta de atención que obtendrían de su padre dado los hechos descritos.

En el caso se nos expone en repetidas ocasiones que Pedro, el padre de los menores, debido a su extensa jornada laboral llega a casa habitualmente a medianoche, llegando incluso algún día a regresar del trabajo a las 2 de la madrugada.

Isabel ve esta situación incompatible con el ritmo de vida de sus tres hijos, particularmente con el de Carmen, de 6 años, que debido a su corta edad se va a dormir todavía más temprano que sus dos hermanos, y muchos días no llega a ver a su padre en todo el día.

Además, todos los meses debe pasar algunos días fuera de la ciudad, por lo que ella no cumple con el requisito de “compañía” o “cuidado” necesario para mantener adecuadamente el cuidado y atención de sus hijos.

Históricamente, el CC no conocía otra forma de custodia que la exclusiva de un solo progenitor. Es más, esa custodia se difería a la madre obligatoriamente tratándose de hijos menores de siete años, hasta que dicha preferencia materna fue suprimida por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, de reforma del Código Civil, en aplicación de principio de no discriminación por razón de sexo.

A día de hoy, la Ley presume que ambos padres están igualmente capacitados para la crianza de los hijos, erigiéndose como único criterio legal para su atribución el principio del interés superior del menor que debe guiar la actuación de los Tribunales.

Isabel es la que lleva haciéndose cargo a lo largo de los años de la educación en casa de los menores, lo que para ella podría significar una mejor relación con ellos a la hora de seguir llevando a cabo las cuestiones tanto académicas como personales de los menores.

Además, es importante el derecho de los menores a ser oídos (derecho por el que debe velar el Juez) como así se desprende el art. 92 del CC en su apartado 2. Este

derecho ha sufrido también un cambio con la reforma, ya que ahora no es necesario que los hijos declaren salvo que se estime necesario o a petición del Fiscal, partes, o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor cuando tengan suficiente juicio. Anteriormente debían hacerlo los que superasen los doce años de edad, causando a veces enfrentamientos entre los padres.

A pesar de encontrarse ambos progenitores en igualdad de condiciones para el cuidado de los hijos, sigue existiendo una cierta preferencia en la custodia exclusiva de los hijos hacia uno de los dos progenitores, y esto es debido en gran parte a que, como se desprende del art. 92 CC, la custodia compartida solo se otorgará cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador (es decir, implica un acuerdo por parte de ambos progenitores en solicitar dicha custodia compartida) o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento.

El Juez deberá, además, llevar a cabo el cumplimiento del régimen de guarda establecido procurando no separar a los hermanos.¹⁰

Parece, por tanto, poco probable en este caso que la solución final sea otra que la custodia exclusiva mientras Isabel no cambie su pretensión.

La madre contaría, finalmente, con un último argumento para solicitar la custodia exclusiva de sus hijos a raíz del episodio que se relata en los últimos momentos de convivencia, en el que Pedro aparta una maleta de su lado impactando contra el hombro derecho de Isabel, a quién le diagnostican una luxación en dicha articulación, y por la que Pedro ha sido denunciado sin haber tenido lugar todavía el juicio.

En referencia a esta situación, y a tenor del artículo 92.7 CC “no procederá la guarda y custodia conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”.

¹⁰ Art. 92.5 CC

En este caso Isabel presenta una denuncia por lo que, entendemos, es un delito de lesiones que atenta contra la integridad física del cónyuge (la jurisprudencia ha considerado delito de lesiones una luxación de hombro por haber requerido posterior asistencia médica o tratamiento quirúrgico en SAP Madrid 333/2012 de 12 de julio, STS 5251/2010 de 15 de octubre, entre otras), imposibilitando la opción de custodia compartida y reforzando, para ella, su petición de la custodia exclusiva.

En cuanto al interés y bienestar de los menores, Isabel había manifestado recientemente su intención de buscar un trabajo (que, aun que de momento era solo un proyecto, cuenta con estudios secundarios y formación profesional, por lo que se podría abrir paso en el mundo laboral), lo que sumado a la pensión de alimentos que correspondería por parte de Pedro, dejaría la situación económica de una forma holgada para hacer frente a los gastos tanto académicos como de actividades extraescolares de los niños, que no necesitarían cambiar de colegio a pesar de su alto coste. También seguirían viviendo en el domicilio familiar con ella, por lo que no sufrirían ningún cambio que ella consideraría traumático.

III. Además de pedir la custodia de los hijos, Isabel solicita la correspondiente pensión compensatoria y pensión de alimentos.

Justifíquese su procedencia o improcedencia

Empezamos analizando de qué se trata la pensión compensatoria que solicita Isabel.

La pensión compensatoria nace y es consecuencia directa del desequilibrio económico producido por la separación o el divorcio pudiendo fijarse, siempre que se solicite, en convenio regulador, en la sentencia de separación o divorcio, o en pactos no homologados judicialmente.¹¹

¹¹ DE VERDA Y BEAMONTE, J-R., *“Comentarios a las reformas de derecho de familia de 2005”*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 219

Ya en los debates parlamentarios de la Ley de 7 de julio de 1981 estaba presente la idea de “compensar”, que se llevaba a la práctica como la intención de mantener –en la medida de lo posible- el valor del matrimonio mas allá del divorcio. Es por ello que empiezan a cobrar importancia las palabras “status”, “nivel de vida” o “modus vivendi” que la unión matrimonial proporciona.

La reforma que trae consigo la Ley 15/2005 en materia de separación y divorcio afecta, también en este caso, a la regulación jurídica de la pensión compensatoria, concediendo como principal novedad el rango legal a la temporalidad.

Para encontrar significado a esta pensión es importante entender no solo las circunstancias personales de cada caso, de cada matrimonio, si no también las condiciones culturales y la idea de “familia”, que se ve muy afectada por el paso de los años.

La familia actual es una realidad que poco tiene que ver con la idea que de ella se tenía hace no tantos años, cuando la ley de 7 de julio de 1981 separaba y divorciaba matrimonios de muchos años de duración, en edades casi siempre avanzadas, y en el que uno de los cónyuges –casi siempre la mujer- había dejado a un lado su vida laboral fuera del hogar para dedicarse a las tareas domésticas y cuidado de los hijos.

La realidad social del momento dista bastante de este prototipo de matrimonio, lo que dificultaba su regulación con las leyes de las que se disponía, y hacía necesario adecuarlas a la nueva situación con la Ley 15/2005.

Un factor importante en el cambio de la familia ha sido la paulatina incorporación de la mujer al mundo laboral. Aunque no deja de ser frecuente encontrar todavía matrimonios en los que la mujer se siga dedicando en exclusiva a las tareas del hogar y cuidado de los hijos, cada vez es mas habitual la situación en que ambos cónyuges tengan vida laboral fuera del hogar.

Esto trae consigo una parte positiva después de la disolución del matrimonio, y es que, la mujer, en caso de separación o divorcio, no ha dejado su vida profesional y no se ve limitada a la hora de obtener recursos para sacar adelante su situación y la de los hijos que queden a su cargo.

La situación de los años anteriores provocaba dificultad a la hora de buscar trabajo a una edad ya avanzada y llevando tantos años dedicándose en exclusiva a las tareas domésticas.

Es en este contexto donde se comprende la necesidad de una pensión que, sin pretender igualar patrimonios dispares, trate de reducir – en la medida de lo posible- los desequilibrios que suponen estas situaciones.

*“La finalidad de esta pensión se orienta a evitar consecuencias injustas surgidas de la disolución del matrimonio, causando a veces, fundamentalmente si son de cuantía elevada, un medio para que el acreedor de la misma no se moleste en recuperar su nivel de cualificación profesional tras unos años de alejamiento de su actividad profesional”.*¹² De ahí la regulación de la temporalidad en la nueva Ley 15/2005, ya que, tras la disolución de la vida en común, cada uno de los cónyuges debe tratar de buscar su propia autonomía y autosuficiencia para vivir.

Hoy en día se producen separaciones y divorcios en matrimonios de duración más breve, siendo los cónyuges mucho más jóvenes, como es el caso que nos ocupa, en el que todavía se encuentran en edad laboral, y disponen de medios para formarse y encontrar trabajo.

Esto deja, cada vez en más ocasiones, fuera e lugar la pensión compensatoria sobretodo sin ser de carácter temporal.

La nueva Ley recoge tres modalidades de pensión compensatoria: pensión compensatoria temporal, pensión compensatoria por tiempo indefinido y la prestación compensatoria única (pago único, una sola vez sin admisión de plazos, condiciones o términos).

El caso que nos ocupa nos explica que Isabel, desde que se trasladan a Madrid, prácticamente no ha trabajado. Su dedicación principal ha sido el trabajo doméstico,

¹² SAP 10 de febrero de 2005 (RJ2005/1133) y 28 de abril de 2005 (RJ2004/4209)

ocupándose del cuidado del hogar y su familia. A pesar de esto, cuenta con estudios secundarios y un programa de formación profesional, con el que ha obtenido el título de técnico en administración de empresas. Antes de contraer matrimonio había tenido algunos trabajos esporádicos de baja estabilidad.

Aun así, el nivel de vida del matrimonio es elevado ya que Pedro ha ido ascendiendo en la empresa y actualmente cobra 3.500€ al mes.

Para decidir la procedencia o improcedencia de la pensión solicitada, señala el artículo 97 del CC, en la redacción que le ha dado el art. 1, nueve, de la Ley 15/2005 que ésta se fijará teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias:

1. Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges
2. La edad y estado de salud
3. La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo
4. La dedicación pasada y futura a la familia
5. La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge
6. La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal
7. La pérdida eventual de un derecho de pensión
8. El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge

En este caso, desconocemos la edad de Isabel, pero sabemos que contrajeron matrimonio en 1999 y solicitan la separación o divorcio en 2014, por lo que la duración de la convivencia conyugal ha sido de 15 años.

Podemos presumir que no es una persona especialmente mayor para el mercado laboral, además de que ella misma había manifestado últimamente en más de una ocasión su deseo de volver a trabajar, aún sin necesidad económica por parte del matrimonio, pero por satisfacción personal y para poner en práctica la experiencia laboral que empezaba a tener cuando contrajo matrimonio.

Como Isabel solicita además la custodia exclusiva de sus tres hijos, éstos convivirían con ella, que haría frente con el sueldo del que disponga (y la pensión o pensiones correspondientes junto con el pago a convenir de los gastos extraordinarios) a

sus gastos de 400 euros de colegio cada uno, 100 de actividades extraescolares, su parte de los gastos extraordinarios que no cubre la manutención... etc.

De todo esto podemos prever que la situación de Isabel podría sufrir un empeoramiento respecto al nivel de vida que llevaba el matrimonio.

Para la concesión de la pensión compensatoria no se necesita la prueba de la existencia de necesidad pero sí la de que se ha sufrido un empeoramiento en relación a la situación durante el matrimonio y con respeto al otro cónyuge.¹³

El Juez podría considerar la necesidad de esta pensión por parte de Pedro, al menos temporalmente, hasta que Isabel encuentre un empleo estable que permita hacer frente a los gastos de vida de los niños para que, a poder ser, estos noten lo menos posible el empeoramiento en el nivel de vida producido por la separación de sus padres.

Es importante recalcar la argumentación que la jurisprudencia ha dado en más de una ocasión aclarando que *“la pequeña diferencia entre los ingresos de esposo y esposa no justifica la concesión a ésta de una pensión compensatoria, no siendo la misma un medio de igualar las economías dispares de ambos”*.¹⁴

Aunque los tribunales no están vinculados a ellas, existen algunas tablas orientativas a la hora de decidir la cuantía de la pensión compensatoria, que se basan en la media de las pensiones de un gran número de sentencias en referencia a las diferentes situaciones que se pueden dar. Un ejemplo de estas tablas es la siguiente:

¹³ MARTINEZ DE AGUIRRE, C., *“Novedades legislativas en materia matrimonial”*, Consejo General del Poder Judicial, S.A, Madrid, 2008, pág. 99

¹⁴ SAP Zaragoza, nº590 sección 2ª, de 22 noviembre de 2005

CONVIVENCIA	EDAD BENEFICIARIO	INGRESOS BENEFICIARIO	CUALIFICACIÓN BENEFICIARIO	INGRESOS OBLIGADO	HIJOS	CUANTÍA PENSIÓN	DURACIÓN
0-2 años	20-40	No	No	Entre 841 y 1.202	No	Entre 60 y 90	1 año
0-2 años	20-40	No	Sí	Entre 841 y 1.202	Sí	90	3-5 años
2-10 años	20-40	No	No	Entre 841 y 1.202	No	Entre 90 y 120	Más de 5 años
2-10 años	20-40	No	Sí	Entre 841 y 1.202	Sí	Entre 90 y 120	Hasta mayoría edad hijos o indep. económica
5-25 años	40-55	No	No	Entre 841 y 1.202	No	120	Hasta conseguir un trabajo o 5 años
5-25 años	40-55	No	Sí	Entre 841 y 1.202	Sí	120	Hasta conseguir un trabajo o 5 años
+25 años	+55	No	No	Entre 841 y 1.202	No	150	Indefinida
+25 años	+55	No	No	pensión jubilación	No	90	Indefinida

15

Como vemos, desde que se instaura el carácter temporal de esta pensión parece que en la mayoría de los casos ésta tiene más sentido que la indefinida. La indefinida queda entonces relegada a supuestos de gran dificultad para el cónyuge que queda en una peor situación, donde debido a su edad o a su falta de formación tiene casi imposible acceder al mercado laboral (convivencia de más de 25 años y edad de más de 55).

Es en estos casos donde se da sentido propiamente a esta pensión, que no trata de igualar ingresos (ya que no tienen porqué ingresar ambos lo mismo tras la separación o divorcio) si no evitar que, por motivo del matrimonio, uno de ellos tenga particularmente difícil hacerse frente económicamente.

En cuanto a la pensión de alimentos, ésta consiste en el deber impuesto a uno de los cónyuges frente al otro cónyuge o frente a los hijos.

¹⁵ Tabla orientativa realizada por un estudio de José A. Marfil Gómez

“Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación y asistencia médica.

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable”.¹⁶

En este caso los tres hijos son menores de edad, inactivos económicamente, y se mantendría la pensión de alimentos aun cuando alcancen la mayoría de edad si siguen formándose o no pueden hacerse frente económicamente por motivos ajenos a su voluntad.

La obligación, cuantía y forma de pago de la pensión de alimentos puede ser acordada de mutuo acuerdo por los cónyuges cuando pactan el convenio regulador, o venir impuesta por la sentencia que se dicte en los procedimientos de separación o divorcio contencioso.

De no hallar acuerdo, “la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe”.¹⁷

Pedro ingresa al mes 3.500€ y la pensión de alimentos iría siempre en función de estos ingresos, y en referencia a los gastos de manutención que necesitan sus tres hijos, salvo en el hipotético caso de que los ingresos de Pedro descendiesen de tal manera que no permitiesen seguir haciendo frente a esta pensión.

Se mantendrá esta pensión hasta que los beneficiarios de ella dispongan de ingresos económicos propios, no los dispongan por causas que les son imputables, fallezca el obligado a prestarla, o por las siguientes causas:

1. “Por muerte del alimentista

¹⁶ Art. 142 redactado por Ley 11/1981, 13 de mayo (B.O.E. 19 de mayo), de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

¹⁷ Art. 146 redactado por Ley 11/1981, 13 de mayo (B.O.E. 19 de mayo), de modificación del CC en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio

2. Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia
3. Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia
4. Cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación
5. Cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos, y la necesidad de aquél que provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa”.¹⁸

Los gastos extraordinarios quedan fuera de esta pensión, que deberán determinarse separadamente, y en los que habitualmente contribuyen ambos cónyuges al 50%.

Actualmente no hay criterios obligatorios o fijos a seguir por parte de los Juzgados para determinar las cantidades a pagar por parte de los progenitores, sino que atendiendo al caso concreto el Juzgado valorará las circunstancias económicas del progenitor que tenga obligación de prestar la pensión de alimentos, pero siempre esa valoración estará para acordar cantidades por encima de la pensión mínima o de subsistencia.

Esta pensión mínima o de subsistencia es la cantidad considerada como indispensable para cubrir unos alimentos de manera vital o suficiente para el menor, por lo que por debajo de esa cantidad no se va a fijar la pensión de alimentos.

Pues bien, en un caso con estas circunstancias la pensión de alimentos procede siempre. Podemos justificar totalmente la procedencia de la pensión de alimentos en nuestro supuesto debido a las posibilidades económicas de Pedro y la edad y necesidades de sus tres hijos.

¹⁸ Art 152 CC

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

Con fundamento en la normativa tanto internacional (Convención de la ONU de los Derechos del Niño) como nacional (Código Civil y Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor), el principio del interés del menor está vigente en todas las medidas reguladoras de una separación o divorcio y, por tanto, también en la adopción de una medida tan relevante en su vida como lo es la guarda y custodia.

Por ello, desde la reforma de 2005, si es posible construir un régimen de guarda y custodia compartida en una familia, siempre será más favorable para los intereses del menor porque se contribuye a garantizar su adecuado contacto con ambos progenitores.

“Por custodia compartida no cabe entender que los hijos pasen a vivir con uno y otro progenitor repartiéndose por periodos iguales, sino que todas las concepciones doctrinales sobre esta cuestión giran en torno a un mayor grado de implicación del cónyuge no conviviente en las cuestiones relativas al cuidado y educación de los hijos, con una participación mucho más activa que la que hasta ahora se contemplan, no limitándose a ser mero receptor pasivo de la prole en el domicilio propio los fines de semana alternos y los periodos vacacionales.

Desde ese punto de vista, y no desde el reparto temporal, es como se ha de contemplar la llamada, y hasta ahora todavía poco conocida, custodia compartida”.¹⁹

Lo que la jurisprudencia ha querido aclarar con sentencias como la anterior, es que no debemos centrarnos en el concepto “repartir”, si no en el de “compartir”. La custodia compartida no se establece tanto en función del tiempo que al final pase con cada progenitor, si no en que ambos formen parte activamente del desarrollo de los hijos.

¹⁹ SAP Toledo, sala 1ª, de 2 de febrero de 2005

En principio, la guarda y custodia compartida solo se acordará de mutuo acuerdo cuando así lo soliciten las partes en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento²⁰.

En nuestro caso ya no existe este acuerdo, al menos de momento, ya que Isabel solicita la custodia exclusiva de sus hijos, y Pedro se opone y solicita en su lugar la custodia compartida. Pero el CC nos dice que, excepcionalmente, 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.²¹

Es decir, aun siendo Pedro la única parte que la solicita (sin existir acuerdo), contando con un informe favorable del Ministerio Fiscal podría optar a la custodia compartida, si se decidiese que esta es la forma más idónea para llevar el cuidado de sus hijos.

Este punto ha generado bastante polémica, en el sentido de que un amplio sector de la sociedad entiende que otorgando una custodia compartida sin el mutuo acuerdo de los progenitores se sobreentiende una mala relación entre ellos (por el hecho de no haber sido capaces de llegar a un acuerdo en cuanto a la custodia de los hijos) y por tanto esto podría generar una serie de trastornos y conflictos que afectarían directamente a la vida de los hijos.

En la práctica, el establecimiento de la guarda y custodia compartida dependerá no solamente de su posibilidad jurídica sino especialmente de su posibilidad fáctica.

Es decir, será considerablemente difícil establecer un régimen de guarda y custodia compartida si la ubicación de los domicilios de los progenitores no es cercana.

En nuestro caso esto no es un problema, ya que ambos residen en Madrid, y el nuevo domicilio que ha buscado Pedro tras la última discusión está a tan solo dos calles del domicilio familiar. Existen dos modalidades de llevar a cabo la custodia compartida:

²⁰ Art. 92.5 CC

²¹ Art. 92.8 CC

traslado de los hijos a la vivienda de cada uno de los padres, o bien traslado de los progenitores en relación con el domicilio familiar.

A día de hoy, la segunda opción se hace difícilmente aplicable. Trasladarse los progenitores al domicilio familiar implica que cada uno de ellos disponga de otro domicilio para las semanas o meses que no le toca estar con los hijos en el domicilio familiar. Esto solo es posible en casos de una buena situación económica.

Pedro podría acceder a cualquiera de las dos modalidades, ya que dispone de otro domicilio.

Además, éste considera que su relación con los menores es mucho mejor que la que mantienen con Isabel, ya que Isabelita y Pedrito, los hijos mayores, chocan habitualmente con la personalidad de su madre. Ambos quieren mucho a su madre, pero en ocasiones su carácter “les satura”.

En cambio, la relación que mantienen con el padre es bastante más amena, éste comparte aficiones con ellos, ya que toca el violín como su hija y es un gran aficionado al baloncesto como su hijo.

Cuenta, también, con un gran nivel económico, lo que permitiría tener a sus hijos muy bien atendidos si algún día al mes él no pudiese estar con ellos por motivo de su trabajo, como así reprocha Isabel al pedir la custodia exclusiva.

Por lo tanto, considera que de esta forma los niños mantendrían el buen nivel de vida que llevaban hasta ahora, y no pasarían ningún momento del día solos, como tendrían que hacer de irse con Isabel, ya que ésta sí disponía de todo el día para ellos cuando estaban casados pero ahora ha manifestado su intención de volver a trabajar, lo que les coloca en la misma situación.

Por otra parte, considera que teniendo la posibilidad de llevar a cabo la custodia compartida, ésta es la forma de crecimiento más sana y natural para sus hijos, que siguen viendo a ambos progenitores sin necesidad de cambiar de colegio, de actividades, de amistades...

Por todo lo expuesto, para él la custodia compartida puede ofrecer importantes beneficios para los niños, que se podrían sintetizar desde dos puntos de vista:

- Garantizarles la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de las relaciones de pareja, por lo que, al constituir el modelo de convivencia más cercano a la forma de vida de los hijos durante la convivencia de pareja de sus padres, la ruptura resulta menos traumática
- Fomentar una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los padres permite una mayor aceptación del nuevo contexto

La jurisprudencia, por su parte, reconoce ciertas desventajas en la atribución de la custodia exclusiva a uno solo de los progenitores:

*“Inconveniente del régimen usual de atribución de la custodia del hijo a un progenitor con exclusión del otro: no satisface las exigencias de un saludable equilibrio de las figuras materna y paterna en el niño”.*²²

Por último, si bien es cierto que la relación entre ambos no es especialmente buena a día de hoy, ya que la convivencia ocasionaba cada vez de forma más habitual discusiones por motivo de los hijos, esto no llega a ser una condición invalidante de la custodia compartida, ya que los Tribunales han aclarado en alguna ocasión que se rechaza que un cierto nivel de conflictividad pueda servir como único argumento para denegar la modalidad de guarda conjunta, puesto que *“las relaciones entre los cónyuges, por sí solas, no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor”.*²³

Con estas razones Pedro entiende que la custodia compartida afectaría menos a la vida de los niños, que sufrirían en menor medida las consecuencias del cese de la vida conyugal de sus padres, sobretudo la hija menor, que debido a su edad todavía no entiende bien la nueva situación, y con la custodia exclusiva que solicita Isabel él solo

²² SAP Alicante, sala 6ª, de 29 de diciembre de 2004

²³ STS 579/2011 de 22 de julio

dispondría de un régimen de visitas que no considera suficiente para seguir formando parte del crecimiento de sus hijos.

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

De entrada, el argumento con más peso sería el ya expuesto en la explicación sobre la custodia compartida, cuando se hace referencia a la necesidad de acuerdo entre las partes en la petición de esta custodia conjunta.

En este caso, no existe tal acuerdo, ya que solo se solicita la custodia compartida por parte de Pedro.

Como se ha mencionado, existe una salida a esta situación ya que el artículo 92.8 CC establece la posibilidad de que el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable de Ministerio Fiscal, pueda acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. Pero para ello, es imprescindible el informe favorable del Ministerio Fiscal. Si entendemos que no existe tal informe positivo, la normativa de aplicación sería clara, ya que numerosísimas sentencias deniegan la custodia compartida por la falta de este informe, entre ellas:

“No puede pretenderse una guarda y custodia compartida, pues no se dan los supuesto contemplados en el art. 92.5 y 6 CC (redacción dada por Ley 15/2005, de 8 de julio) por no existir acuerdo entre los cónyuges, siendo el informe del Ministerio Fiscal negativo”.²⁴

“No se considera adecuada la custodia compartida solicitada teniendo en consideración que no concurre informe favorable- sino expresamente contrario- del Ministerio Fiscal”.²⁵

²⁴ SAP Lugo, de 19 de julio de 2006

²⁵ SAP Pontevedra, sala 3ª, de 17 de enero de 2007

“La propuesta realizada de custodia compartida no cuenta con el informe favorable del Ministerio Fiscal, legalmente exigido en el art. 92.8 CC”.

*“No consta el informe favorable del Ministerio Fiscal que exige el art. 92.8 CC para poder acordar la guarda y custodia compartida, por lo que sin necesidad de mayores argumentaciones se debe desestimar la solicitud”.*²⁶

Además de esto, Isabel argumenta que el régimen de custodia compartida es dudosamente beneficioso en casos en los que no existe un buen entendimiento entre los padres, como es su caso, en el que lejos de haber entendimiento cada vez era más habitual un ambiente de discusiones y enfrentamientos entre ellos.

En casos como éste, la asignación de la custodia compartida puede afectar negativamente a la estabilidad física y emocional del menor, que se encuentra inmerso de una situación entre ambos debido a la alternancia de la convivencia con el padre y la madre. De hecho, en muchas situaciones se produce el riesgo de que uno de los progenitores pueda utilizar la solicitud de guarda y custodia compartida como elemento de presión sobre el otro durante la negociación, y producir así una situación de abuso.

La falta de entendimiento que se relata en el caso podría causar consecuencias negativas en una custodia compartida de los niños, ya que para este tipo de custodia es imprescindible la cooperación entre los padres y la madurez en las relaciones tanto entre ellos como con los hijos, para que sufran lo menos posible las dificultades que toda separación o divorcio conllevan.

En función a este interés de los hijos, que debe primar frente al de ellos mismos, parece para Isabel más adecuada la custodia exclusiva con un amplio régimen de visitas para Pedro.

²⁶ SAP Barcelona, sala 18ª, de 15 de octubre de 2007

Así, una vez más, para establecer una custodia compartida *“el interés de los hijos debe ser tomado en cuenta para establecer el régimen de guarda y custodia y de visitas del menor con prevalencia sobre el deseo de los progenitores de tenerlos consigo”*.²⁷

Por otra parte, Isabel cuenta con otro segundo argumento de peso para oponerse a la custodia compartida solicitada por Pedro.

Se trata de la denuncia presentada por el episodio relatado en el último día de convivencia en el domicilio familiar, en el que Pedro aparta de su lado una maleta impactando en el hombro de Isabel, y por la que ésta sufrió una luxación.

La situación que implica esta denuncia es motivo de exclusión de la custodia compartida, como así establece el CC en su art. 92.7: “no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”, y que trataremos en profundidad en la siguiente pregunta.

Por tanto, si entendemos que la demanda de separación o divorcio solicitando en ella la custodia compartida ha sido presentada por Pedro, Isabel deberá seguir un procedimiento civil que le dará oportunidad de negarse a esta pretensión, y de solicitar en su lugar lo que ella considera más correcto a través de la reconvencción:

“Al contestar a la demanda, el demandado podrá, por medio de reconvencción, formular la pretensión o pretensiones que crea que le competen respecto del demandante. Solo se admitirá la reconvencción si existiere conexión entre sus pretensiones y las que sean objeto de la demanda principal

La reconvencción se propondrá a continuación de la contestación y se acomodará a lo que para la demanda se establece en el artículo 399. La reconvencción habrá de

²⁷ SAP Baleares, Sala 3ª, de 14 de julio de 2005

expresar con claridad la concreta tutela judicial que se pretende obtener respecto del actor y, en su caso, de otros sujetos”.²⁸

En función del art. 770.2 LEC, Isabel dispone de 10 días para responder a la demanda y solicitar en la reconvencción las medidas definitivas en cuanto a la custodia.

Cuenta con esta medida como lo que la jurisprudencia entiende por “reconvencción explícita” para solicitar medidas que no hubiesen sido solicitadas en la demanda:

*“Del contenido de la regla 2ª del artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se deduce que, cuando el demandado en un procedimiento de divorcio desee que se establezcan medidas reguladoras de tal situación que no hubiesen sido solicitadas en la demanda, y no puedan adoptarse de oficio, deberá formularse reconvencción explícita, que deberá adoptar los formalismos que para la demanda prevé el artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tal y como establece con carácter general del artículo 406 del mismo texto procesal”.*²⁹

La LEC establece también Los Tribunales competentes en los procesos matrimoniales y de menores, que, salvo que expresamente se disponga otra cosa, será el Juzgado de Primera Instancia del lugar del domicilio conyugal. Asimismo, “en los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores, será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del último domicilio común de los progenitores.”³⁰

Por último, es importante en cuanto a requisitos formales del ámbito procesal que se presenten debidamente los documentos solicitados para la presentación de la demanda por separación o divorcio y la presentación de la reconvencción. Así pues, las peticiones de separación o divorcio presentadas de común acuerdo por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro se tramitarán por el procedimiento establecido en el artículo 777 de la LEC, y en referencia a él, deberán presentarse la certificación de

²⁸ Art. 406.1 y 3 LEC

²⁹ SAP Coruña, Sala 3ª, del 7 de diciembre

³⁰ Art. 769.3 LEC

la inscripción del matrimonio e inscripción de los hijos en el Registro Civil, y la propuesta del convenio regulador incluyendo el acuerdo final alcanzado en mediación familiar si lo hubiere.

VI. La denuncia presentada por Isabel contra Pedro ¿podría acarrear la denegación de la solicitud de custodia compartida instada por Pedro?

Como ya se ha mencionado, aun que ahora trataremos el tema en mayor profundidad, la existencia de violencia contra la mujer o contra los otros miembros de la familia no solo hará muy difícil el establecimiento de la custodia compartida, si no que la propia Ley (en su reforma de 2005) prohíbe expresamente la fijación de este régimen en los siguientes casos:

- Cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Es decir, tanto por existir el proceso penal abierto en los que figure como “imputado” cualquiera de los progenitores, como por la existencia de una sentencia condenatoria en los mismos supuestos.
- O, por otro lado, cuando el Juez de Primera Instancia (o de Familia) advierta en el propio proceso civil la existencia de indicios fundados de violencia doméstica por deducirse de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas.

Tanto el Código Civil como diferentes leyes autonómicas reguladoras de las relaciones familiares en situaciones de crisis incorporan la previsión de que, en caso de incoación de procedimiento penal por violencia familiar o indicios racionales de la misma no se conceda la custodia –ni exclusiva ni compartida- al progenitor sobre el que pese la imputación o sospecha de tales actos.

Las leyes autonómicas han sido más claras especificando que no caben, en esos casos, ni la guarda conjunta ni la atribución de la custodia exclusiva al progenitor en el que se den aquellas circunstancias, ya que el art. 92.7 se ha limitado a indicar que en tales supuestos “no procederá la guarda conjunta”. Para ello, como se indica en la Circular FGE 6/2011, de 2 de noviembre, “*aunque el CC haga referencia a la custodia compartida, tampoco procederá otorgar la guarda y custodia individual al encausado*”.

Estas comunidades que han dictado leyes autonómicas en la materia son las siguientes: Aragón (Ley 2/2010, de 26 de mayo), Cataluña (Ley 25/2010, de 29 de julio), Navarra (Ley Foral de Navarra 3/2011, de 17 de marzo) y Comunidad Valenciana (Ley 5/2011, de 1 de abril).

Nuestro caso tiene lugar en Madrid, comunidad que no cuenta con legislación propia en la materia, por lo que se regirá por el Código Civil común.

Analicemos, pues, el procedimiento en el que se pueden ver inmersos a raíz de la denuncia presentada por Isabel hacia Pedro.

En el primer supuesto (estar incurso en un proceso penal, en este caso contamos con una denuncia) podemos distinguir diferentes situaciones procesales y, en consecuencia, variará el órgano jurisdiccional que tome la decisión sobre las relaciones paterno-filiales.

Por una parte, es posible que el órgano jurisdiccional que deba pronunciarse sobre las pretensiones civiles pertenezca al orden penal, por aplicación de lo dispuesto en el art. 87.1 y .3 LOPJ (“Los Juzgados de Instrucción conocerán, en el orden penal: De la instrucción de las causas por delito cuyo enjuiciamiento corresponda a las Audiencias Provinciales y a los Juzgados de lo Penal, excepto de aquellas causas que sean competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer; Del conocimiento y fallo de los juicios de faltas, salvo los que sean competencia de los Jueces de Paz, o de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer”) en los supuestos sean por motivo de violencia de género.

En este caso, el proceso penal relativo a causas relacionadas con violencia será previo al proceso civil de familia y en aplicación de las normas de competencia se habrá presentado la demanda civil ante el Juez de violencia sobre la mujer.

La otra situación posible procesalmente es aquella en la que el Juez que está conociendo el proceso civil de familia pertenezca al orden civil y, durante la tramitación del proceso de familia, se inicie proceso penal por hechos relacionados con la violencia familiar o –iniciado anteriormente- se tenga conocimiento posterior de su existencia.

Pues bien, si se trata de hechos constitutivos de violencia de género, como podría ser nuestro caso, procederá la inhibición prevista en la LEC:

“1. Cuando un Juez, que esté conociendo en primera instancia de un procedimiento civil, tuviese noticia de la comisión de un acto de violencia de los definidos en el artículo 1 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que haya dado lugar a la iniciación de un proceso penal o a una orden de protección, tras verificar la concurrencia de los requisitos previstos en el apartado 3 del artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, deberá inhibirse, remitiendo los autos en el estado en que se hallen al Juez de Violencia sobre la Mujer que resulte competente, salvo que se haya iniciado la fase del juicio oral.

(...)

4. En los casos previstos en los apartados 1 y 2 de este artículo, el Tribunal Civil remitirá los autos al Juzgado de Violencia sobre la Mujer sin que sea de aplicación lo previsto en el artículo 48.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo las partes desde ese momento comparecer ante dicho órgano”.³¹

Si es, por tanto, el Juez civil el que adquiere conocimiento de la coexistencia del proceso penal actuará conforme a lo previsto en el apartado 1 del art. 49 bis LEC y se inhibirá a favor del Juzgado que esté tramitando el proceso penal, siempre que el proceso civil no hubiese alcanzado la fase de juicio oral.

³¹ Art. 49 Bis LEC

Si fuera, por el contrario, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer el que conociera de la existencia del proceso civil, deberá requerir la inhibición al Juzgado Civil de acuerdo con lo previsto el apartado 3 del art. 49 bis LEC:

“3. Cuando un Juez de Violencia sobre la Mujer que esté conociendo de una causa penal por violencia de género tenga conocimiento de la existencia de un proceso civil, y verifique la concurrencia de los requisitos del apartado 3 del artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, requerirá de inhibición al Tribunal Civil, el cual deberá acordar de inmediato su inhibición y la remisión de los autos al órgano requirente.”

Debemos ahora profundizar en la denuncia presentada por Isabel frente a Pedro, en la que parece describir un delito o falta de lesiones. El art. 92.7 CC enumera los supuestos de violencia física o psicológica, que analizados individualmente y con ayuda del Código Penal, parece tratarse de los siguientes: en el Libro II del CP, el Homicidio (Título I), las Lesiones (Título II), los delitos contra la libertad del Título VI, (detenciones ilegales y secuestros de los arts. 163 a 168), las amenazas (arts. 169 a 171), las coacciones (art. 172), las torturas y delitos contra la integridad moral (Título VII, arts. 173 a 177), los delitos del Título VIII contra la libertad e indemnidad sexuales (agresiones sexuales de los arts. 181, 182, 183 y 183 bis para los menores de 13 años), el acoso del art. 184, exhibicionismo y provocación de los arts. 185 y 186, prostitución y corrupción de menores de los arts. 187 a 190.

Pues bien, el daño causado a Isabel por el desplazamiento desafortunado de la maleta (a pesar de tratarse de un hecho totalmente aislado durante toda la convivencia del matrimonio) parece corresponder a las lesiones del Título II.

“El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia

facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico”.³²

Sabemos que Isabel necesitó desplazarse a un centro médico en el momento del incidente, aquejada de un fuerte dolor. Desconocemos si fue necesario un posterior tratamiento médico o quirúrgico. Finalmente fue diagnosticada una luxación en su hombro. Este detalle es importante debido a la clasificación del hecho como delito o como falta, ya que el trato que reciben ambos es diferente, y sobretodo para el tema que nos atañe (la atribución de la custodia compartida) la jurisprudencia no da el mismo valor a un delito que a una falta.

Por lo que se refiere a las faltas de los arts. 617 y 620 CP, ampliamente se consideran incluidas en el ámbito objetivo de aplicación del CC y de las normas autonómicas, si bien alguna resolución judicial ha *rechazado que un juicio de faltas active la prohibición de la atribución de la custodia*.³³

En muchos casos, se ha descartado la relevancia del juicio de faltas a efectos de denegación de custodia sobre la base de la exigencia de determinadas normas autonómicas, que obligan a que exista una resolución judicial motivada “en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad” para poder aplicar la prohibición.

Esto enlaza directamente con la interpretación de la expresión “incurso en un proceso penal” que dicta el art. 92.7. En cambio, como se ha mencionado ya, la regulación es más concreta y detallada en la normativa autonómica, donde las Leyes de Valencia, Navarra y Aragón exigen que se haya dictado en el procedimiento penal una resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad, y en Cataluña, más restrictivamente, se exige que haya recaído sentencia firme de condena. La Ley Navarra, por su parte, especifica que “la denuncia contra un cónyuge o miembro de la pareja no será suficiente por sí sola para concluir de forma

³² Art. 47 CP

³³ SAP Zaragoza, sección 2ª, de 3 de mayo de 2001

automática la existencia de violencia, daño o amenaza para el otro o para los hijos, ni para atribuirle a favor de éste la guarda y custodia de los hijos”.³⁴

Nuestro supuesto tiene lugar en Madrid, comunidad que no ha dictado derecho autonómico propio en esta materia. Pero para ello, La Fiscalía General del Estado, en torno a la aplicación del art. 92.7 CC, entiende, en este sentido, que **no basta la existencia de mera denuncia y exige que en el procedimiento penal que active la aplicación del artículo 92.7 CC se hayan objetivado indicios de criminalidad**, lo que debe interpretarse en el mismo sentido en el que se pronuncian las normas autonómicas cuando exigen, al menos, una resolución judicial motivada en la que consten indicios fundados y racionales de criminalidad.

La jurisprudencia ha considerado, en alguna ocasión, como circunstancia determinante un presunto maltrato psicológico, denegando el otorgamiento de la custodia compartida por estar incurso en el proceso penal, como se desprende por ejemplo de la siguiente:

“No procede la adopción de custodia compartida por cuanto el solicitante está incurso en un proceso penal por violencia doméstica por presunto maltrato psicológico”.³⁵

De todo esto podemos concluir que la denuncia presentada por Isabel, por sí sola y sin indicios de criminalidad no sería suficiente para denegar la solicitud de custodia compartida solicitada por Pedro. Es también fundamental determinar si se trata de una falta o un delito, ya que el trato que ambas reciben no es el mismo en relación al tema de la guarda y custodia de los hijos.

Si, finalmente, durante el proceso penal el Juez considera que existen indicios de criminalidad sí sería motivo suficiente para cumplir el supuesto de estar incurso en un procedimiento penal que define el art. 92.7 y que imposibilita la asignación de esta modalidad de custodia. Por lo tanto en este caso acarrearía claramente con la consecuencia de la negación a la petición instada por Pedro.

³⁴ Art. 3.8 La Ley Foral de Navarra 3/2011 de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres

³⁵ SAP Toledo Sala 2ª, de 22 de diciembre de 2006

Para terminar, cabe preguntarse ¿Qué sucedería si, finalmente, Pedro es absuelto por el delito de lesiones?

Para responder a esta pregunta se establece una revisión del régimen de custodia tras la resolución con efectos absolutorios en el procedimiento penal.

Las Leyes de Navarra y Valencia prevén que las medidas adoptadas acerca de la custodia de los hijos serán revisables en función de la resolución judicial que ponga fin al proceso penal sobre violencia doméstica, revisión que la Circular FGE entiende extrapolable al ámbito del art. 92.7 CC, cuando recaiga sentencia absolutoria, o resolución de sobreseimiento libre o provisional.³⁶ La norma navarra, además, indica que la revisión de la modalidad de custodia se producirá a partir de la “sentencia firme”. La Ley valenciana, por su parte, establece que la revisión pueda realizarse de oficio o a instancia de parte, sin que se exija que la resolución debe ser firme.

Entendemos que con la exigencia de sentencia firme pretende buscarse cierta estabilidad, en cuanto a la posibilidad de posibles recursos que hagan cambiar nuevamente la forma de vida de los hijos.

VII. ¿Cuáles serían las implicaciones fiscales de la adopción de la custodia compartida?

Centraremos las implicaciones fiscales en relación a las pensiones de las que pueda ser beneficiario alguno de los cónyuges a la hora de tributar en una situación de custodia compartida.

Debemos recordar algunos aspectos que tienen que ver con la posibilidad de tributación conjunta en caso de existencia de un régimen de custodia compartida de los hijos menores.

³⁶ Circular FGE 6/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación con la violencia sobre la mujer

La regulación de la Tributación Conjunta la encontramos en el artículo 82 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, LIRPF) y la AEAT, que deja entrever que en los casos de separación o divorcio con guardia y custodia compartida sólo uno de sus miembros (padre o madre) puede formar unidad familiar con los hijos que reúnan los requisitos anteriormente comentados y, en consecuencia, optar por la tributación conjunta. El otro miembro de la pareja debe declarar de forma individual.

“1. Podrán tributar conjuntamente las personas que formen parte de alguna de las siguientes modalidades de unidad familiar:

La integrada por los cónyuges no separados legalmente y, si los hubiera:

- a) Los hijos menores, con excepción de los que, con el consentimiento de los padres, vivan independientes de éstos.
- b) Los hijos mayores de edad incapacitados judicialmente sujetos a patria potestad prorrogada o rehabilitada.

2. En los casos de separación legal, o cuando no existiera vínculo matrimonial, la formada por el padre o la madre y todos los hijos que convivan con uno u otro y que reúnan los requisitos a que se refiere la regla 1.ª de este artículo”.³⁷

La situación en cuanto a la tributación ha cambiado con la entrada en vigor de la Ley 26/2014 de 27 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/2006 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

La Ley 35/2006, de 28 de Noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, regula en sus artículos 7, 17 y 55 el tratamiento fiscal que merecen los efectos económicos de un divorcio o separación matrimonial: En concreto, las pensiones compensatorias y las pensiones por alimentos.

³⁷ Art. 82 LIRPF

Para entender cómo ha sido la legislación anterior al 1 de enero, debemos recordar en primer lugar la diferencia entre ambas pensiones:

La pensión de alimentos (art. 142 CC) se establece para costear la manutención de los hijos, que incluye alimentación, vestuario, educación.. mientras son menores y una vez alcanzada la mayoría de edad cuando no disponen de recursos económicos por una causa ajena a su voluntad.

La pensión compensatoria (art. 97 CC), sin embargo, se establece como medida para disminuir el desequilibrio sufrido por un cónyuge respecto al otro tras la separación o divorcio.

Al ser elementos diferentes, el tratamiento fiscal de una y otra varía.

En cuanto a la de alimentos a favor de los hijos, **están exentas para los receptores de la pensión “las anualidades por alimentos cuando se perciban en virtud de decisión judicial”³⁸**. Estos importes, por tanto, no deben ser declarados ni en la declaración de los hijos ni en la declaración conjunta del cónyuge que convive con el hijo, o la del propio hijo.

Para el pagador de la pensión alimenticia, ésta **no tiene la consideración de gasto deducible**, ni le minora la base imponible del IRPF. Simplemente se le permite aplicar un tipo de gravamen más bajo por esa cuantía. Si el importe de esta pensión es inferior a su Base Liquidable General, la escala de gravamen se aplicará por separado a estas dos partidas, lo que puede suponer un ahorro fiscal, especialmente a quienes tengan rentas altas.

En cuanto a la pensión compensatoria, (y de alimentos para el cónyuge) si hay resolución judicial que la establezca o bendiga la acordada en Convenio Regulador, **el pagador de la pensión se la reduce de la Base Imponible del IRPF** en la cuantía total de la renta satisfecha, sin que la base imponible pueda resultar negativa fruto de la disminución (artículo 55 del IRPF) **y quien la percibe tributa por esa pensión en concepto de Rendimiento de Trabajo Personal**, sin que haya retención alguna sobre los mismos por no estar obligado a retener el cónyuge pagador de la pensión.

³⁸ Art. 7 LIRPF

Si la pensión se ha estipulado en Convenio Regulator y no ha sido ratificada por un juez, no reduce la base imponible del pagador ni será Renta del Trabajo para quien la percibe. Si en el Convenio o sentencia de divorcio no se distingue qué parte de la pensión es para alimentos de los hijos y qué parte es para pensión compensatoria del cónyuge, se puede hacer como si el reparto fuera a partes iguales para ambos conceptos.

Por lo dispuesto anteriormente en el art. 82 LIRPF, será sólo quien se quede con los hijos quien pueda realizar declaración conjunta con ellos. **Si los hijos conviven alternativamente con ambos cónyuges (custodia compartida) no cabe declaración conjunta para ningún ex-cónyuge.**

En cuanto a esto cabe mencionar un supuesto especial, en el caso de que la resolución judicial establezca la obligación de un pago único que englobe ambas pensiones (tanto la compensatoria como la de alimentos), y nos preguntamos cómo deberá tributar el pagador de las rentas.

Pues bien, la doctrina tributaria interpreta que, sin perjuicio de que en un momento posterior puedan especificarse judicialmente las cantidades según su concepto, la imposibilidad de determinar la cuantía correspondiente a la pensión compensatoria impide aplicar la reducción en base por este concepto

Es decir, que mientras se desconoce qué cantidad corresponde a cada una de las pensiones no se permite aplicar la reducción en base a la pensión compensatoria.

Ahora, centrándonos en algún cambio relevante en nuestro tema, explicaremos cómo queda la situación desde el pasado 1 de enero de 2015 con la entrada en vigor la Ley 26/2014 de 27 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/2006 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Una de las modificaciones más destacadas en la reforma fiscal es la Obligación de declarar:

Con ella se modifica el límite en la obligación de declarar para los contribuyentes que perciban rendimientos de trabajo de dos o más pagadores, estén sometidos a un tipo fijo de retención, procedan de anualidades por alimentos o pensiones compensatorias, o de rendimientos del trabajo de un pagador no obligado a

retener, que pasa de 11.200€ anuales a 12.000€. Además, en la obligación de declarar en todo caso, desaparece la mención a aquellos contribuyentes que tengan derecho a la deducción por cuenta ahorro-empresa, al haber desaparecido esta última.

Debemos también hacer mención al mínimo por descendientes. El mínimo por descendientes (art. 58 LIRPF) no está sometido a tributación en el IRPF porque constituye una parte de la renta del contribuyente destinada a satisfacer las necesidades básicas de los descendientes que conviven con él. Tienen esta consideración los hijos, nietos, bisnietos... etc., que descienden del contribuyente y que están unidos a éste por vínculo de parentesco en línea recta por consanguinidad o por adopción, sin que se entiendan incluidas las personas unidas al contribuyente por vínculo de parentesco en línea colateral (sobrinos) o por afinidad (hijastros).

Cuando varios contribuyentes (por ejemplo, ambos padres) tengan derecho a la aplicación del mínimo familiar por un mismo descendiente (con el mismo grado de parentesco), su importe se prorrateará entre ellos por partes iguales.

Para los casos en que no existe convivencia con el contribuyente, se establecen dos reglas especiales los arts. 64 y 75 LIRPF, que han entrado en vigor este 1 de enero de 2015 y que trataremos a continuación:

“Los contribuyentes que satisfagan anualidades por alimentos a sus hijos por decisión judicial sin derecho a la aplicación por estos últimos del mínimo por descendientes previsto en el artículo 58 de esta Ley, cuando el importe de aquéllas sea inferior a la base liquidable general, aplicarán la escala prevista en el número 1.º del apartado 1 del artículo 63 de esta Ley separadamente al importe de las anualidades por alimentos y al resto de la base liquidable general. La cuantía total resultante se minorará en el importe derivado de aplicar la escala prevista en el número 1.º del apartado 1 del artículo 63 de esta Ley, a la parte de la base liquidable general correspondiente al mínimo personal y familiar incrementado en 1.980 euros anuales, sin que pueda resultar negativa como consecuencia de tal minoración”.³⁹

³⁹ Artículo 64 redactado por el apartado cuarenta del artículo primero de la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifican la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no

“Los contribuyentes que satisfagan anualidades por alimentos a sus hijos por decisión judicial sin derecho a la aplicación por estos últimos del mínimo por descendientes previsto en el artículo 58 de esta Ley, cuando el importe de aquéllas sea inferior a la base liquidable general, aplicarán la escala prevista en el número 1.º del apartado 1 del artículo anterior separadamente al importe de las anualidades por alimentos y al resto de la base liquidable general. La cuantía total resultante se minorará en el importe derivado de aplicar la escala prevista en el número 1.º del apartado 1 del artículo 74 de esta Ley a la parte de la base liquidable general correspondiente al mínimo personal y familiar que resulte de los incrementos o disminuciones a que se refiere el artículo 56.3 de esta Ley, incrementado en 1.980 euros anuales, sin que pueda resultar negativa como consecuencia de tal minoración”.⁴⁰

Por lo que se refiere a este régimen especial previsto en los arts. 64 y 75 LIRPF, se entiende que responde a la misma finalidad de atender a las circunstancias familiares de aquellos contribuyentes que participan en el sostenimiento de sus hijos (mediante anualidades por alimentos satisfechas por decisión judicial), pero que no conviven con ellos, de modo que no tienen derecho a la aplicación por mínimo de descendientes.

Es decir, en estos casos en los que existe ausencia del requisito de convivencia este régimen especial sirve para reconocer también a estos contribuyentes un beneficio fiscal que atienda a la carga económica que les supone el sostenimiento de sus hijos.

La consecuencia directa de esta explicación sería que en los casos como el que nos ocupa (casos de guarda y custodia compartida), en los que el contribuyente convive con el hijo y además satisface anualidades por alimentos en su favor por decisión judicial, no existe motivo para aplicar las reglas especiales de los arts. 64 y 75 LIRPF, pues se dan los requisitos exigidos por la norma para aplicar el mínimo por descendientes (convivencia con el contribuyente).

Residentes, aprobado por el R.D. Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, y otras normas tributarias («B.O.E.» 28 noviembre). Vigencia: 1 enero 2015

⁴⁰ Artículo 75 redactado por el apartado cincuenta del artículo primero de la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifican la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del 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 R.D. Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, y otras normas tributarias («B.O.E.» 28 noviembre). Vigencia: 1 enero 2015

Cabe preguntarse si existe alguna incompatibilidad para aplicar tanto el mínimo por descendientes como el sistema de aplicación de tarifas que se recoge en los artículos 64 y 75 de la LIRPF (ya expuestos) en relación a las anualidades por alimentos abonadas a favor de los hijos por decisión judicial. En la normativa reguladora del IRPF no existe ninguna incompatibilidad, y esto ha sido causa de recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterios.

Finalmente, *“El Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) visto el recurso extraordinario de alzada para unificación de criterio promovido por el Director del Departamento de Gestión Tributaria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, ACUERDA DESESTIMARLO, fijando como criterio el siguiente:*

*El tratamiento previsto en los arts. 64 y 75 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, es aplicable para las anualidades por alimentos satisfechas en virtud de decisión judicial a favor de los hijos en aquellos casos en los que el contribuyente que satisface las anualidades ostente la guarda y custodia compartida respecto de sus hijos, contribuyente que también tendrá derecho a aplicar el mínimo por descendientes”.*⁴¹

Se ha determinado, por tanto, recientemente, que no existe incompatibilidad entre ambos en casos de custodia compartida, donde se les podrá aplicar el tratamiento especial de los arts. 64 y 75 LIRPF junto con el mínimo por descendientes, por cumplir el requisito de convivencia con el contribuyente.

⁴¹ TEAC Resolución: 03654/2014/00/00, de 11 de septiembre de 2014

Conclusiones finales

La realidad social que conforma el matrimonio y también la familia ha experimentado profundas transformaciones en los últimos años. A raíz de esto, y porque el Derecho debe evolucionar al mismo ritmo que lo requiere la sociedad, se han llevado a cabo diversos cambios legislativos que han afectado enormemente a la separación y el divorcio. Los dos grandes cambios vienen de la mano de las Leyes 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio y 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

El artículo 92 CC deja claros algunos preceptos en los que se basa esta nueva legislación:

- “1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.**
- 2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.**
- 3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.**
- 4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges.**
- 5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.**
- 6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor,**

valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

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

8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores”.

Lo que se ha pretendido con esta reforma (como así se establece en la exposición de motivos en el Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de nulidad, separación y divorcio de 2003) es suplir determinadas carencias del régimen que imperaba hasta ese momento.

En primer lugar se produce una enorme “simplificación” del proceso de separación y divorcio. Se eliminan las causas requeridas para ambas (irreales a día de hoy) y se disminuye el plazo de tiempo para solicitarlo, pasando de un año a tres meses, y dejándolo sin ningún tipo de plazo en casos de violencia de género.

Por otro lado, se establece la temporalidad de la pensión compensatoria (lógica también en cuanto a la realidad actual), debido a las diferencias que existen con los matrimonios de hace años que se regulaban con la antigua Ley.

La Ley 30/1981 separaba y divorciaba matrimonios de muchos años, a edades casi siempre avanzadas, donde era habitual que uno de los cónyuges –casi siempre la mujer- se hubiese dedicado en exclusiva todos esos años al hogar y cuidado de los hijos. Es obvio que una persona en esas circunstancias pueda verse en una situación de dificultad para volver a encontrar un trabajo o ganarse la vida independientemente.

A día de hoy la mayoría de las personas no dejan de lado su formación por contraer matrimonio, de modo que es muy habitual que, aun casados, ambos cónyuges trabajen, por lo que a la hora de una posible separación o divorcio, éstos cuentan con los mismos medios para salir adelante.

La pensión compensatoria indefinida pierde un poco su sentido en nuestros días, salvo para casos en los que se sufra un claro empeoramiento respecto a la situación del otro cónyuge.

En cuanto a la guarda y custodia de los hijos, tema que nos atañe con más fuerza, se instaura el régimen de custodia compartida siempre que exista acuerdo por ambas partes, o sin acuerdo si así lo establece el Ministerio Fiscal.

Así pues, aunque la doctrina más común ha venido siendo la de otorgar, por normal general, la custodia exclusiva a uno solo de los progenitores –habitualmente la madre-, y considerando la custodia compartida prácticamente una excepción, a partir de la STS de 8 de octubre comienza a defenderse una interpretación mas extensiva, con el fin de lograr que prime la custodia compartida frente a la exclusiva siempre y cuando pueda llevarse a cabo.

Para ello se han tenido en cuenta tanto la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo como las normativas de las Comunidades Autónomas que han legislado en la materia, como lo son Aragón y Valencia, cuya legislación establece la **“preferencia de la guarda y custodia conjunta por los progenitores, salvo que la custodia individual sea más conveniente para el hijo”**, o la de Navarra, que no se posiciona preferentemente por ningún modelo de custodia, dejando total libertad al Juez o Tribunal para decidir, en interés de los hijos, si es más conveniente establecer la custodia individual o compartida; o la de Cataluña, que tampoco establece literalmente preferencia por la guarda y custodia compartida,

acordándose si los cónyuges en el plan de parentalidad así lo solicitan, salvo que resulte perjudicial para los hijos”⁴²

Actualmente, apoyándose en algunas de estas Leyes autonómicas se pretende instaurar la custodia compartida como modalidad dominante, siempre y cuando sea posible llevarla a cabo y esto sea lo más beneficioso para el hijo. Se mantiene como principio general velar por el interés del menor en cualquier proceso del que forme parte.

Aragón, Cataluña, Navarra y Valencia han legislado de manera específica y todas apuestan por esta forma de custodia. Aragón fue en 2010 la Comunidad pionera, adoptando este régimen como preferente en los casos de separación o divorcio cuando no haya acuerdo entre los progenitores. La norma navarra, por ejemplo, apuesta porque la custodia compartida deje de ser algo excepcional.

En mi opinión, en materia de separación y divorcio se produce un cambio sobretodo necesario, adaptado a la realidad que hoy vivimos. El término “divorcio express” que se instaura a raíz de la reforma refleja la disminución de trabas o problemas que era habitual encontrarse en un proceso como es el de divorcio, en el que lo primordial debe ser aminorar los daños que causa sobretodo a los hijos del matrimonio.

En cuanto a la custodia compartida, se da una buena oportunidad de equilibrar e igualar la intervención de ambos progenitores en el crecimiento de los hijos, fomentando una relación más natural con el nuevo contexto. Como ha recalcado la jurisprudencia, se trata no tanto de repartir (no es lo importante que sea exactamente el mismo periodo de tiempo) si no de compartir, es decir, de que ambos intervengan formando parte de su cuidado.

*“Desde ese punto de vista, y no desde el reparto temporal, es como se ha de contemplar la llamada, y hasta ahora todavía poco conocida, custodia compartida”.*⁴³

⁴² Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de Nulidad, Separación y Divorcio

⁴³ SAP Toledo, Sala 1ª de 2 de febrero de 2005

Bibliografía

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *“Manual de Derecho Civil: Derecho de Familia”*, Bercal, Madrid, 2013

DE VERDA Y BEAMONTE, J-R., *“Comentarios a las reformas de derecho de familia de 2005”*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006

GARCÍA PASTOR, *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales*, McGraw Hill (Monografías), Madrid, 1997

GARCÍA RUBIO Y OTERO CRESPO, *“Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005”*, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº8 (febrero 2006)

MARTINEZ DE AGUIRRE, C., *“Novedades legislativas en materia matrimonial”*, Consejo General del Poder Judicial, S.A, Madrid, 2008

RAMS-ALBESA, J., *“Elementos de DERECHO CIVIL IV, FAMILIA”*, Dykinson, Madrid, 2010

PINTO ANDRADE, C., *“La custodia compartida”* Colección práctica jurídica, Bosch, España, 2009

Legislación consultada

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de Nulidad, Separación y Divorcio de 2003

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 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 (Vigente hasta el 01 de Enero de 2016).

Ley 2/2010 de Aragón, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres

Ley 25/2010 de Cataluña, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia

Ley Foral de Navarra 3/2011 de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres

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

Ley 26/2014 de 27 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/2006 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Normativa consultada

Código Civil de España 1889

Código Penal de España de 1995

Convención de la ONU de los Derechos del Niño de 1989

Circular FGE 6/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación con la violencia sobre la mujer

TEAC Resolución: 03654/2014/00/00, de 11 de septiembre de 2014

Sentencias consultadas

SAP Zaragoza, sección 2ª, de 3 de mayo de 2001

SAP Baleares, Sala 3ª, de 5 de julio de 2004

SAP Alicante, Sala 6ª, de 29 de diciembre de 2004

SAP Toledo, Sala 1ª, de 2 de febrero de 2005

SAP 10 de febrero de 2005 (RJ2005/1133) (Base de datos ARANZADI)

SAP 28 de abril de 2005 (RJ2004/4209) (Base de datos ARANZADI)

SAP Baleares, Sala 3ª, de 14 de julio de 2005

SAP Zaragoza, nº590 sección 2ª, de 22 noviembre de 2005

SAP Lugo, de 19 de julio de 2006

SAP Toledo Sala 2ª, de 22 de diciembre de 2006

SAP Pontevedra, Sala 3ª, de 17 de enero de 2007

SAP Barcelona, sala 18ª, de 15 de octubre de 2007

SAP Madrid 333/2012 de 12 de julio

STS Sala 1ª, de 9 de julio de 2002

STS 5251/2010 de 15 de octubre

STS 579/2011 de 22 de julio