

Tania Arias Silvente

GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

TRABAJO DE FIN DE GRADO

Dirigido por Rosa Barceló Compte

Grado en Derecho



**UNIVERSITAT
ROVIRA I VIRGILI**

Tarragona

2016

Resumen: En este trabajo de fin de grado hemos estudiado los aspectos jurídicos más relevantes de la guarda y custodia compartida. Así, analizamos la regulación de esta materia en el ordenamiento jurídico común y la que se contiene en el Libro Segundo del Código civil de Cataluña.

Resum: En aquest treball de final de grau hem estudiat els aspectes jurídics més rellevants de la custòdia compartida. Així, analitzem la seva regulació en l'ordenament jurídic comú i el seu contingut en el Llibre Segon del Codi Civil Català.

Abstract: In this final degree Project we study the most relevant legal aspects of shared custody. We analyze this issue in the Spanish civil code and in the second book of the civil Code of Catalonia.

Palabras claves / Keywords

Guarda y custodia compartida – Normativa – Concepto – Derecho de visitas – Pensión de alimentos – Uso de la vivienda familiar – Crisis Matrimonial

Índice

Abreviaturas	7
Introducción.....	9
1 Regulación de la guarda y custodia compartida en la legislación española.....	11
1.1 Ámbito estatal.	11
1.1.1 El Código Civil Español tras la reforma por la Ley 15/2015: “Análisis del artículo 92 CC”.....	11
1.1.2 El anteproyecto de la ley estatal sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio.....	13
1.2 Ámbito autonómico: especial referencia a Cataluña.	18
1.2.1 Ley 25/2010, de 29 de julio, por la que se aprueba el libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia: Análisis de los artículos 233-8 a 233-11 del Código Civil de Cataluña.	18
2 El concepto de guarda y custodia	27
2.1 Concepto	27
2.1.1 La expresión conjunta de guarda y custodia.....	27
2.1.2 Diferencias entre la Guarda y Custodia y la Responsabilidad Parental ...	27
2.2 Modalidades de Guarda y Custodia según el Código Civil Catalán.....	30
3 La caracterización de la guarda y custodia compartida en el ordenamiento jurídico catalán.	37
3.1 Concepto	37
3.2 Formas de guarda y custodia compartida según la atribución del uso de la vivienda familiar.	39
3.3 Principios generales de la Guarda y Custodia Compartida.....	40
3.3.1 Principio de interés superior del menor	40
3.3.2 Principio de corresponsabilidad parental.....	41
3.3.3 Principio de coparentalidad	42

3.3.4	Principio de universalidad	43
3.4	Criterios para otorgar la Guarda y Custodia según el Código Civil catalán....	44
3.5	Reparto del tiempo y el derecho de visitas	48
3.6	Pensión de alimentos	49
3.6.1	Concepto.....	49
3.6.2	Gastos ordinarios y extraordinarios.....	52
3.6.3	Tablas orientadoras para la determinación de las pensiones alimenticias	53
3.6.4	Formas de pago.....	54
3.7	Atribución del uso de la vivienda familiar.....	55
3.7.1	Concepto.....	55
3.7.2	La atribución del uso de la vivienda familiar según el Código Civil Catalán.	55
4	Convenio Regulador del régimen de la guarda y custodia compartida.	59
	Conclusiones.....	65
	Bibliografía.....	69
	Jurisprudencia	71

Abreviaturas

CC	Código Civil
CCCat	Código Civil Catalán
CP	Código Penal
CE	Constitución Española
LO	Ley Orgánica
TS	Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
TSJC	Tribunal Superior de Justicia de Cataluña
ART.	Artículo
OP. CIT.	Obra citada anteriormente del mismo autor con diferentes páginas
NÚM.	Número

Introducción

La sociedad en la que nos encontramos actualmente dista mucho de la que podríamos hallar si echamos la vista atrás, ha habido cambios en las últimas décadas tanto a nivel legislativo como a nivel sociológico, aunque hoy en día aún podemos toparnos con algunos pensamientos un tanto anticuados en referencia al papel de la mujer.

Nuestra sociedad con el paso de los años ha integrado a la mujer de forma notoria en la esfera laboral donde su participación era escasa, como por ejemplo en la clase política. Consecuentemente a ello el hombre ha desarrollado una implicación en las tareas domésticas y en el cuidado de los hijos, ya que anteriormente la sociedad española entre otras, adoptó unos roles en el ámbito familiar que acentuaban desigualdades entre los progenitores en consecuencia de la poca integración de la mujer en el ámbito laboral. Desgraciadamente las familias españolas se estructuraban de forma en que la mujer tenía un papel de “ama de casa” y era el padre el que ostentaba una capacidad económica superior.

Hoy en día, gracias a la integración de la mujer en el ámbito laboral, las estructuras familiares han tenido que adaptarse a esta serie de cambios y con ello el ordenamiento jurídico ha tenido que adecuar las normas que lo integran a la superación de estos roles.

Tras la ruptura del matrimonio o de la convivencia de la pareja se crea una nueva situación que tiene que regularse cuando fruto de la relación han nacido hijos en común. Esta nueva situación conlleva la toma de decisiones importantes que atenderán a las relaciones entre los progenitores y el menor. Se realizan una serie de cambios que tendrán que ser adaptados a la nueva situación, a la ruptura de la convivencia.

Entre todas, destacamos la elección del régimen de guarda y custodia, en este caso nos adentramos en el análisis de la modalidad de la guarda y custodia compartida. Es una decisión que debe subordinarse siempre al interés superior del menor conocido como *principio favor filii*, que tiene como objetivo la protección integral del menor en cuanto a las medidas que deban adoptarse para la regulación de la nueva situación familiar.

En esta investigación tenemos como objetivo comprobar si con la aplicación del régimen de guarda y custodia compartida se rompe definitivamente con las desigualdades que estuvieron latentes en la sociedad española, y verificar si realmente ambos progenitores participan por igual en el cuidado y educación de los menores a lo largo de su desarrollo

personal, dejando de lado las figuras de único progenitor custodio y progenitor visitador. Se ha desarrollado mediante la consulta de la normativa española y catalana, doctrina y jurisprudencia.

En este trabajo de fin de grado se tratarán todas las cuestiones relativas a la guarda y custodia compartida: Se empieza analizando las diferencias entre la legislación española y la legislación catalana, destacando el criterio de excepcionalidad que otorga el código civil español a la determinación de la custodia compartida, a diferencia del legislador catalán que con la redacción del libro II relativo a la persona y la familia pretende promover la aplicación de dicha figura.

Seguidamente nos centraremos en la descripción del concepto en sí de guarda y custodia, con una pequeña explicación de las diferentes modalidades que resultan de la aplicación del Código Civil Catalán.

A continuación nos adentraremos en la caracterización de la guarda y custodia compartida acotándolo al ordenamiento jurídico catalán, analizando todas las cuestiones relativas a ella, entre estas examinaremos medidas que deberán tenerse en cuenta como la pensión de alimentos y la atribución del uso de la vivienda familiar.

Finalmente, con el objetivo de plasmar todos los conocimientos adquiridos a lo largo de la investigación sobre la figura de la guarda y custodia compartida se redactará un convenio regulador que recogerá todas las cuestiones que son de contenido obligatorio en el Plan de Parentalidad que deberá aportarse junto con la demanda de divorcio cuando haya hijos menores.

Ante todo, agradecer a mi tutora Rosa Barceló Compte por la implicación que ha tenido en el desarrollo de este trabajo y su orientación a lo largo de estos meses, a mi tutora de prácticas Manuela Perea por ayudarme en la elección del tema y adentrarme en el ámbito del derecho de familia, y por último a todas aquellas personas que han estado a mi lado día a día.

1 Regulación de la guarda y custodia compartida en la legislación española.

1.1 Ámbito estatal.

1.1.1 El Código Civil Español tras la reforma por la Ley 15/2015: “Análisis del artículo 92 CC”.

Tras la reforma del antiguo Código Civil llegó a nuestras manos la Ley 15/2015, de 8 de julio, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (en adelante, Ley 15/2015).

Es el primer texto legal que hace referencia expresa a la custodia compartida tras una ruptura matrimonial. Se justifica la reforma en la superioridad del *principio favor filii*, principio por excelencia de la legislación en Derecho de Familia, recogido en la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas artículo 3.1:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño¹”.

He aquí la “clave” de las seguidas modificaciones legislativas que hemos podido encontrar tanto en el Código Civil Español como en el Código Civil Catalán, entre otros ámbitos autonómicos que no nos conciernan en el desarrollo de este Trabajo de fin de Grado (no por ello menos importantes).

El principio *favor filii* es un criterio fundamental en la práctica de la actuación judicial en todos aquellos procedimientos en el que un menor se pueda encontrar afectado y/o perjudicado. Los procedimientos afectantes a menores tendrán una especial cautela dirigida a éstos, porque toda pretensión, convenio y pacto que se lleve a cabo por cualquiera de los progenitores en un procedimiento civil y/o penal no podrá resultar lesivo para el menor, esos que resulten lesivos podrán ser suspendidos de oficio por incurrir contrarios al principio del beneficio del menor cuya finalidad es la búsqueda del prevalente interés del niño.

¹ BOE-A-1990-31312. *Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 20 de noviembre de 1989.*

Es en este punto donde se plantea la introducción de la Guarda y Custodia compartida, por entender – por muchos expertos y por la presente – que el otorgamiento de la Guarda y Custodia de forma individual a uno de los progenitores (preferentemente a la madre) puede perjudicar la relación del menor con el progenitor no custodio, generándole de manera indirecta y de forma no intencionada un distanciamiento hacia éste.

El régimen de la Custodia compartida se introduce con la reforma de la Ley 15/2005, específicamente en el artículo 92 del Código Civil. En su exposición de motivos refleja el cambio de la sociedad en los últimos años dejando de lado los roles estancados que otorgaban el cuidado de los hijos a la madre excluyendo la participación en gran parte del otro progenitor, el padre.

Y esto es así puesto que el Código Civil hasta esa fecha solo concebía la custodia en exclusiva a uno de los progenitores (independientemente del amplio o no régimen de visitas que se otorgaba en cada caso).

Una pequeña apreciación es que dicha reforma legislativa no da lugar al cumplimiento de las aspiraciones que se pueden extraer de su preámbulo, como veremos más adelante en el artículo 92 del Código Civil, la custodia compartida obtiene un carácter “excepcional” alejándonos en muchos casos del carácter preferencial que en mi opinión le corresponde.

Si pasamos a analizar el artículo 92 CC, el cual la Ley 15/2005 le da nueva redacción, extraemos que el precepto contempla “simplemente” tres supuestos:

El primer supuesto engloba la situación en que los padres soliciten la custodia compartida en la propuesta del convenio regulador.

Artículo 92.5 CC: *“Se acordará el ejercicio compartido de la guardia y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta del convenio regulador²”*.

El segundo supuesto es en el caso que los padres lleguen a un acuerdo en la custodia compartida a lo largo del procedimiento.

Artículo 92.5 CC: *“[...] o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento³”*.

² BOE-A-1889-4763. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

³ Art. 95 CC.

En el tercer supuesto el Juez será el que acuerde la custodia compartida, excepcionalmente, cuando una de las partes lo requiera.

Artículo 92.8 CC: *“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 compartida⁴”*.

Es en este apartado del precepto donde el legislador difiere de la exposición de motivos excluyendo la posibilidad de que el Juez otorgue la custodia compartida cuando las partes no la requieran, cuando las partes pidan para sí la custodia individual del menor.

Tal y como dice SOLÉ RESINA: *“Lo que nos llevaría a concluir que si los progenitores piden la custodia individual también se les podría conceder la compartida, porque no se les da cosa distinta de la que piden sino menos, pero más que si se les deniega su petición⁵”*.

Y es por todo ello, que entiendo que según el artículo 92 CC que regula la guarda y custodia compartida de los hijos en el ámbito estatal incurre en incumplimiento del principio del *favor filii* por otorgarle al Juez el poder de decretar la custodia compartida solo en los supuestos en que se solicite de mutuo acuerdo o que una de las partes lo requiera.

Consideramos necesaria la aplicación de la custodia compartida sin las limitaciones que resultan del CC ya que su reforma es más aparente que real, en la práctica el legislador español se encuentra sumiso a dichas limitaciones dejando de lado el objetivo de la reforma: adaptar la legislación a los cambios que sufre la sociedad y haciendo del progenitor no custodio (en mayor parte de los casos el padre) un mero visitador. Una alternativa exigida por la nueva realidad.

1.1.2 El anteproyecto de la ley estatal sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio.

Para concluir el análisis que se está llevando a cabo a nivel estatal sobre la regulación de la guarda y custodia compartida cabe destacar la existencia de un Anteproyecto de Ley

⁴ Art. 92.8 CC.

⁵ Solé Resina, Judith. “La guarda y custodia tras la ruptura”. En Gete-Alonso, María del Carmen; Solé Resina, Judith. *Custodia Compartida: Derechos de los hijos y de los padres*. Primero Edición. Pamplona: Editorial Aranzadi, SA, 2015. Páginas 91-110.

sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental, conocido como el “Anteproyecto de Ley sobre la guarda y custodia compartida”.

En el mes de julio del año 2015 el Gobierno aprobó el Anteproyecto de Ley con la finalidad de dar respuesta a los cambios de los roles que la sociedad está viviendo.

El primer punto a tener en cuenta es la modificación de las expresiones que pretenden llevar a cabo con la aprobación del Anteproyecto de Ley; quieren desterrar tales expresiones como: “régimen de visitas”, “patria potestad” y “progenitor no custodio” y sustituirlas por “periodos de convivencia”, “responsabilidad en el cuidado de los hijos” y “relación o comunicación con el no conviviente”. Desde nuestro punto de vista, es correcto que trabajen en la redacción del precepto que se pretende modificar, pero no obtiene ninguna relevancia en la práctica del otorgamiento de la custodia compartida que el precepto legal sustituya la palabra de régimen de visitas por periodos de convivencia. Se hace referencia a este punto y mostramos nuestra disconformidad porque se ha creado un debate en torno a esta cuestión, totalmente innecesario desde nuestro punto de vista. Creemos que en vez de trabajar en cuestiones como estas, tendrían que esforzarse en conseguir la finalidad por la que se crea este anteproyecto que es la de adecuar las normas jurídicas a los cambios de los roles de la sociedad.

El segundo punto a tener en cuenta sería la modificación del artículo 90 del Código Civil, entre las principales novedades se exige que se presente por parte de los progenitores un plan de ejercicio conjunto de la patria potestad.

En la actualidad el artículo 90 del CC comprende que:

“1. El convenio regulador a que se refieren los artículos 81, 82, 83, 86 y 87 deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos:⁶

a) 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.

b) Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos.

⁶ Art. 90 CC.

c) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.

d) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso.

e) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.

f) La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.”

Con la aprobación del anteproyecto de Ley, se propone la modificación del artículo 90 que quedaría redactado de la siguiente forma:

«1. El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 deberá contener, al menos, los siguientes extremos: ⁷

a) El plan de ejercicio de la patria potestad conjunta, como corresponsabilidad parental, respecto de los hijos, si los hubiera, con inclusión de los pactos sobre:

1º. La forma de compartir todas las decisiones que afecten a la educación, salud, bienestar, residencia habitual y otras cuestiones relevantes para los hijos.

2º. El cumplimiento de los deberes referentes a la guarda y custodia, el cuidado, la educación y el ocio de los mismos.

3º. Los periodos de convivencia con cada progenitor y el correlativo régimen de estancia, relación y comunicación con el no conviviente.

4º. El lugar o lugares de residencia de los hijos, determinando cuál figurará a efectos de empadronamiento.

5º. Las reglas de recogida y entrega de los hijos en los cambios de la guarda y custodia, o en el ejercicio del régimen de estancia, relación y comunicación con ellos.

[...] >>

⁷ 438/2014. Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia

Como podemos observar, la modificación del artículo 90 CC por el anteproyecto de Ley da un paso hacia delante y contempla explícitamente un plan de ejercicio de la patria potestad compartida, un instrumento en el que se detalle el ejercicio de la guardia y custodia compartida si lo hubiera. A nuestro parecer, la modificación de este artículo apoya más la posibilidad de ejercer la responsabilidad parental conjuntamente que la redacción actual del artículo 90 en el CC español. En la modificación se habla de plan de ejercicio conjunto de la patria potestad, en cambio en la actualidad: el cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos. Parece que la palabra conjuntos indirectamente se relacione más con la guarda y custodia compartida.

Todo esto lo tenemos que relacionar con el principio de protección del interés superior del menor. Tiene que ser entendido como un principio general de carácter imperativo, de manera que si en un precepto legal cabe la interpretación del legislador, ésta tiene que estar dirigida siempre a la que mejor responda sobre los intereses del menor.

El anteproyecto intenta descartar la excepcionalidad de la guarda y custodia compartida del CC, se prevé la introducción del artículo 92 bis en el CC que se adecua a la exposición de motivos del presente Anteproyecto de Ley Estatal.

“Los cambios necesarios para conseguir un sistema legal donde desaparezcan las rigidices y las preferencias por la custodia monoparental del actual, pero sin establecer la guarda y custodia compartida como preferente o general, debiendo ser el Juez en cada caso concreto, y siempre actuando no en interés de los progenitores sino de los hijos, quien determine si es mejor un régimen u otro y quien regule los distintos aspectos y contenidos de las relaciones parentales⁸.”

Se añade un nuevo artículo 92 bis CC, con la siguiente redacción:

“1.- El Juez podrá acordar, en interés de los hijos, que su guarda y custodia sea ejercitada por uno solo de los progenitores o por los dos, de forma compartida. Podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos, el ejercicio compartido de su guarda y custodia cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador, cuando ambos lleguen a este acuerdo en el

⁸ 438/2014. Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia.

transcurso del procedimiento o cuando, no mediando acuerdo, cada uno de ellos inste la custodia para ambos o para sí⁹. ”

Con la introducción del nuevo artículo 92 bis CC se consigue descartar la excepcionalidad de otorgar la custodia compartida entre los progenitores, dejando un margen de maniobra al juez para acordar en interés del menor que la guarda y custodia sea ejercitada de forma compartida aun cuando no haya acuerdo entre los progenitores. A diferencia del actual artículo 92 del CC que regula excepcionalmente que el juez decreta la guarda y custodia compartida cuando uno de los progenitores la solicite.

Actualmente es necesario que una de las partes la requiera, en cambio con la introducción del artículo 92 bis el juez podrá acordar que la custodia se ejercite conjuntamente aun cuando no haya acuerdo entre las dos partes y cada una pida la custodia para sí mismo, es decir, aunque ninguno de los progenitores solicite la custodia compartida.

Se desprende de lo que establece el artículo 92 bis.1 que no se establece como preferente ningún sistema de guarda y custodia, ni la compartida ni la individual, simplemente deja libertad al Juez para que según cada caso se adopte la medida que proteja el interés superior del menor, deja atrás las barreras que impone la excepcionalidad del actual artículo 92 CC, de acuerdo con lo que dictó la Sentencia nº 257/2013, del 29 de abril de 2013 del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil: *“Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea.”¹⁰*

Otro punto a destacar es la exigencia de un informe favorable por el Ministerio Fiscal para adoptar la medida de la guarda y custodia compartida. El Anteproyecto se adecua al cambio que originó la Sentencia nº 185/2012, de 17 de octubre que dicta el Tribunal Constitucional, donde se declaró nula la necesidad del informe “favorable” del Ministerio Fiscal para la adopción del régimen de custodia compartida que exige el actual artículo 92.8 CC. Dicho informe en la actualidad se prevé pero no de igual manera, anteriormente se exigía que el Ministerio Fiscal redactará un informe favorable para adoptar la guarda

⁹ 438/2014. Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia

¹⁰ Sentencia nº 257/2013, del 29 de abril de 2013 del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil.

y custodia compartida; es a raíz de dicha sentencia que el informe favorable redactado por el Ministerio Fiscal pasa de ser un requisito a ser un mero trámite, ya que es necesario pero no vinculante. En este sentido, el Anteproyecto de ley especifica en el apartado 3 del artículo 92 bis CC su carácter no vinculante, que en la actualidad el artículo 92 CC no recoge, y es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la que recuerda que a raíz de la Sentencia nº 185/2012 el informe del Ministerio Fiscal no tiene carácter vinculante¹¹.

En conclusión, aunque el Anteproyecto de ley no contemple de manera preferente el modelo de guarda y custodia compartida, con la introducción del artículo 92 bis se abre una nueva puerta para que el Juez pueda otorgar la guarda y custodia a ambos progenitores aunque ninguno de ellos lo solicite.

Es una buena medida ya que el progenitor que solicita la custodia individual estará más conforme si se establece un régimen de custodia compartida que si se le atribuye de manera exclusiva la guarda y custodia al otro progenitor, es una manera de no desestimar completamente su petición, sino de ver parcialmente estimada su pretensión.

Si finalmente el Anteproyecto de Ley adoptara la forma de una Ley Estatal los progenitores que tras la ruptura pidieran que se adoptara medidas entorno la guarda y custodia de sus hijos menores, solicitarían la custodia individual y subsidiariamente, la compartida evitando que en caso de desestimarse su petición no se adoptara a la contraparte de manera exclusiva la custodia del hijo en común.

1.2 Ámbito autonómico: especial referencia a Cataluña.

1.2.1 Ley 25/2010, de 29 de julio, por la que se aprueba el libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia: Análisis de los artículos 233-8 a 233-11 del Código Civil de Cataluña.

El 1 de enero de 2011 entró en vigor la Ley 25/2010 de 29 de julio, que modifica el libro II del Código Civil Catalán en lo relativo a la persona y la familia.

Por lo que en este trabajo nos concierna hacer mención a las novedades que se introdujeron respecto a la anterior regulación en esta materia, cabe destacar que los preceptos que analizaremos posteriormente sobre el cuidado de los hijos tras el divorcio o la nulidad matrimonial serán de aplicación también en los supuestos de ruptura de

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional nº 185/2012, de 17 de octubre de 2012

convivencia no matrimonial por remisión expresa del artículo 234-7 del Código Civil de Cataluña (en adelante CCCat).

La primera novedad que se prevé en cuanto a la aprobación de la Ley 25/2010 es la terminología que se emplea para hacer referencia a la responsabilidad de los progenitores en cuanto al cuidado de sus hijos, nos lleva casi a la desaparición de términos como guarda y custodia, y deja paso a conceptos menos restrictivos como responsabilidad parental.

Otra de las novedades, y a nuestro parecer una de las más importantes, es la obligatoriedad de incorporar al convenio regulador un Plan de Parentalidad; un instrumento jurídico que regule las diferentes cuestiones que puedan originarse del cuidado de los hijos, cuestiones que puedan afectar a los hijos comunes después de la ruptura de la pareja. Un documento dónde se concrete la manera de ejercer la responsabilidad parental una vez disuelto el matrimonio o la pareja.

La tercera novedad gira entorno a una modificación con la finalidad de desterrar los roles que desgraciadamente imperaban en nuestro Ordenamiento Jurídico hace años, la imposición de roles que originaban situaciones un tanto desiguales, con esto hago referencia al rol de la mujer de ama de casa, cuidando a los niños y haciéndole la comida a su marido mientras éste trabajaba. Esta novedad pretende conseguir que cuando una pareja decide romper la convivencia no se atribuya automáticamente la guarda de los hijos en común a uno de los progenitores, sino que se intente velar por el interés del menor e intentar llegar a una custodia compartida para así otorgar de los mismos derechos y deberes a ambos progenitores. Es una gran medida desde nuestro punto de vista, ya que consigue potenciar que las responsabilidades parentales se den en su totalidad, y si no en un 80% de forma compartida.

Analizando los preceptos del CCCat sorprende que el libro II referente a familia insiste en que la potestad debe ejercerse conjuntamente, es cierto que no encontramos el concepto de guarda y custodia compartida explícitamente en el articulado pero si deja entrever ese carácter “preferente” hacia una potestad conjunta entre ambos progenitores.

Más que preferente, es una manera de potenciar que dichas responsabilidades se den siempre que se pueda de manera conjunta (una de las novedades que se integra). Concretamente, se dispone en el artículo 233-8.1 CCCat:

*“1. La nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación judicial no alteran las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos de acuerdo con el artículo 236-17.1. En consecuencia, **estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente.**”¹²”*

El apartado 2 del presente artículo hace referencia a otras de las novedades introducidas, que es la obligatoriedad de presentar un Plan de Parentalidad contenido en el convenio regulador, que regule todas aquellas cuestiones en torno al cuidado de los hijos cuando el matrimonio se disuelva.

“Los cónyuges, para determinar como deben ejercerse las responsabilidades parentales, deben presentar sus propuestas de plan de parentalidad, con el contenido establecido por el artículo 233-9.”¹³”

Siempre que se dé una disolución del matrimonio y haya descendencia ambos progenitores deberán presentar su Plan de Parentalidad con la finalidad de regular las relaciones de toda la familia, según lo establecido en el artículo 233-9 CCCat.

El plan de Parentalidad se incorpora en el Convenio Regulador tanto en procesos de mutuo acuerdo como en procedimientos contenciosos. Es un instrumento donde los progenitores detallaran la organización entre ambos en cuanto a la guarda, educación, salud, actividades de ocio, relaciones personales con familiares o próximos, la distribución de las vacaciones, etc. La finalidad de este instrumento es que ambos progenitores se organicen y se responsabilicen en cuanto al cuidado de los hijos en común.

Y es en el artículo 233-9 CCCat donde el legislador recoge el contenido del Plan de Parentalidad y da la posibilidad a los progenitores de que sean ellos los que acuerden el sistema más adecuado del cuidado de sus hijos, siempre y cuando se respeten unos ciertos criterios.

“1. El plan de parentalidad debe concretar la forma en que ambos progenitores ejercen las responsabilidades parentales. Deben hacerse constar los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos.

¹² BOE-A-2010-13312. Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

¹³ Art. 233-8.2 CCat.

2. En las propuestas de plan de parentalidad deben constar los siguientes aspectos:

a) El lugar o lugares donde vivirán los hijos habitualmente. Deben incluirse reglas que permitan determinar a qué progenitor le corresponde la guarda en cada momento.

b) Las tareas de que debe responsabilizarse cada progenitor con relación a las actividades cotidianas de los hijos.

c) La forma en que deben hacerse los cambios en la guarda y, si procede, cómo deben repartirse los costes que generen.

d) El régimen de relación y comunicación con los hijos durante los períodos en que un progenitor no los tenga con él.

e) El régimen de estancias de los hijos con cada uno de los progenitores en períodos de vacaciones y en fechas especialmente señaladas para los hijos, para los progenitores o para su familia.

f) El tipo de educación y las actividades extraescolares, formativas y de tiempo libre, si procede.

g) La forma de cumplir el deber de compartir toda la información sobre la educación, la salud y el bienestar de los hijos.

h) La forma de tomar las decisiones relativas al cambio de domicilio y a otras cuestiones relevantes para los hijos.

3. Las propuestas de plan de parentalidad pueden prever la posibilidad de recorrer a la mediación familiar para resolver las diferencias derivadas de la aplicación del plan, o la conveniencia de modificar su contenido para amoldarlo a las necesidades de las diferentes etapas de la vida de los hijos.¹⁴”

El contenido del Plan de Parentalidad es el expuesto en el presente artículo, todo instrumento jurídico deberá contener cada punto que se trata en el precepto legal. Deberá aportarse en el Convenio Regulador tanto en procedimientos contenciosos como de mutuo acuerdo. En este último caso, podrá presentarse un solo Plan de Parentalidad, en

¹⁴ Art. 233-9 CCat.

cambio, en procedimiento contencioso cada progenitor junto con el Convenio Regulador presentará su propia propuesta de Plan de Parentalidad.

Es importante destacar, que cuestiones como la obligación de alimentos y el uso del domicilio familiar no son contenido obligatorio en el Plan de Parentalidad.

Finalmente, será la autoridad judicial la que decida y redacte de forma clara en la sentencia el modo de la guarda y custodia para que en un futuro no puedan ocasionarse dudas ni problemas en cuanto a las responsabilidades parentales de cada progenitor y la manera de organizarse.

Por último referente al Plan de Parentalidad, tenemos que tener en cuenta los artículos 233-10 y 233-11 CCCat.

“Artículo 233-10. Ejercicio de la guarda.

1. La guarda debe ejercerse de la forma convenida por los cónyuges en el plan de parentalidad, salvo que resulte perjudicial para los hijos.

2. La autoridad judicial, si no existe acuerdo o si este no se ha aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el artículo 233-8.1. Sin embargo, la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del hijo. [...]”¹⁵

El presente artículo en su segundo apartado refleja las intenciones que presenta el legislador en el Preámbulo de la Ley 25/2010. De este apartado se desprende la preferencia de otorgar custodia compartida que no por ello tiene que ser la regla general. Es importante a lo largo de este trabajo determinar que la aplicación de la custodia compartida se promociona en el ámbito autonómico de Cataluña, pero no es la regla general, ya que el Juez tendrá que atender a las circunstancias de cada caso. Por ello, siempre se intentará que los progenitores lleguen a un acuerdo, y se establezca si es posible las responsabilidades parentales de forma conjunta, aunque si con ello se

¹⁵ Art. 233-10 CCat.

perjudica el interés superior del menor, se optará por que se ejerza de manera individual, si es la opción que más conviene.

Por último, el artículo 233-11 CCCat recoge una serie de criterios que deben atenderse a la hora de determinar el régimen de ejercer la guarda de los hijos.

“Artículo 233-11. Criterios para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda.

1. Para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda, es preciso tener en cuenta las propuestas de plan de parentalidad y, en particular, los siguientes criterios y circunstancias ponderados conjuntamente:

a) La vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores, así como las relaciones con las demás personas que conviven en los respectivos hogares.

b) La aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad.

c) La actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de estos con los dos progenitores.

d) El tiempo que cada uno de los progenitores había dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura y las tareas que efectivamente ejercía para procurarles el bienestar.

e) La opinión expresada por los hijos.

f) Los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento.

g) La situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y actividades de los hijos y de los progenitores.

2. En la atribución de la guarda, no pueden separarse los hermanos, salvo que las circunstancias lo justifiquen.

3. En interés de los hijos, no puede atribuirse la guarda al progenitor contra el que se haya dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas. En interés de los hijos,

tampoco puede atribuirse la guarda al progenitor mientras haya indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas¹⁶”.

Es en este precepto donde aclara que para determinar la guarda de los hijos comunes se deben tener en cuenta los Planes de Parentalidad que hayan presentado sus progenitores, a lo largo del articulado podemos observar la importancia que tiene este instrumento ya que será determinante a la hora de concretar la forma de ejercer la guarda.

También se tienen en cuenta una serie de criterios y circunstancias que como dice el precepto deben ponderarse conjuntamente, entre ellas tenemos: la vinculación afectiva entre los hijos y los progenitores, la aptitud de éstos, el tiempo que cada progenitor haya dedicado al cuidado de sus hijos, etc.

Estos criterios desde nuestro punto de vista, pueden imposibilitar la determinación de la custodia compartida, ya que uno de los progenitores debido a una jornada completa laboral puede haber dedicado menos tiempo al cuidado del hijo que el otro progenitor, y por esta circunstancia puede verse afectado, ya que se destacan como criterios para determinar la custodia la vinculación de los hijos con cada progenitor y la dedicación que se les haya dado. Deberíamos plantearnos si este criterio no acentúa la estructura tradicional de las familias que imperaba o que quizás desgraciadamente aun impera.

Un pequeño inciso se debe hacer en referencia al famoso informe favorable del Ministerio Fiscal para otorgar la guarda compartida, como ya se ha tratado en el punto anterior del trabajo, la decisión para otorgar este régimen la tiene el Juez, por lo tanto, el informe del Ministerio Fiscal no es vinculante.

En definitiva, del análisis de la regulación en cuanto a la guarda y custodia compartida en Cataluña extraemos que el legislador da preferencia hacia dicho régimen, no se atribuye de manera automática pero si se le da cierta preferencia. Se establece como obligatorio que el Convenio Regulador contenga un Plan de Parentalidad cuando haya hijos en común donde se establecerán los derechos y obligaciones de cada progenitor, y en cuanto a los

¹⁶ Art. 233-11 CCat.

criterios de determinación del régimen que se adopte el CCCat establece una serie de circunstancias que se tienen que tener en cuenta a diferencia del CC que no lo regula.

2 El concepto de guarda y custodia

2.1 Concepto

2.1.1 La expresión conjunta de guarda y custodia

Según la Real Academia Española la palabra “Guarda” tiene la apreciación de “*Persona que tiene a su cargo la conservación de algo*”, en cambio “Custodia” que vendría a ser “Custodiar” significa “*Guardar algo con cuidado y vigilancia*”¹⁷.

Es interesante detenernos y apreciar la singularidad con la que son utilizadas de manera conjunta ambas palabras. A lo largo del articulado tanto en el CC como en el CCCat observamos que la expresión conjunta de ambas palabras no se utiliza tanto como en la práctica; es en los escritos de los abogados, fiscales, jueces y magistrados donde se utiliza con mayor afluencia.

Si atendemos a los preceptos que regulan el régimen de la guarda y custodia de los hijos menores podemos observar que cuando se trata de referenciar el cuidado del menor a ambos progenitores o a uno de ellos se utilizan de forma conjunta, en cambio cuando se determina el cuidado de un menor a un tercero o a la administración sólo se utiliza la palabra “guarda”. Semánticamente se le otorga más fuerza, mayor poder y mayor responsabilidad a la guarda y custodia que tienen que ejercer los progenitores en torno a su hijo, ya que tiene que ser más cuidadosa y mayor diligente que si se lleva a cabo por terceros o por la administración¹⁸.

Es una manera de reforzar de forma semántica el concepto guarda y custodia, ya que la expresión conjunta de ambas palabras intensifica la obligación que tienen los progenitores en cuanto a sus hijos menores.

2.1.2 Diferencias entre la Guarda y Custodia y la Responsabilidad Parental

Es muy común no saber diferenciar entre el concepto de “Guarda y Custodia” y el de “Responsabilidad Parental”. Es difícil conseguir entender exactamente que engloba cada concepto y diferenciarlos entre ellos, si no se estudia detenidamente es algo complicado

¹⁷ Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española* (23.ª edición). Madrid: Espasa, 2014.

¹⁸ Soler, Concepción, Aragón, Virginia, Marín, Catalina, de la Peña, Sebastián, García, M.ª Dolores, Alemán, Carmen, Catalán, M.ª José, Matas, Ana M.ª, Begoña García, M.ª. *La custodia compartida: concepto, extensión y bondad de su puesta en escena. debate entre psicología y derecho*. Anuario de Psicología Jurídica, 2007: [Fecha de consulta: 11 de abril de 2016] <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=315024768008>>

percibir que la custodia de los hijos menores y la responsabilidad parental van de la mano pero no deben confundirse. Tanto la guarda y custodia como la potestad parental son conceptos jurídicos indeterminados, no se contempla su definición de manera precisa en ningún precepto legal.

Por ello, creemos importante detallar su contenido y diferenciarlo y así proceder a su definición de forma jurídica:

La patria potestad o potestad parental (entre otros) son los derechos y deberes que ostentan los progenitores sobre los hijos menores que tienen en común o con una situación de capacidad de obrar limitada judicialmente, es decir, incapacitados. El contenido de estos deberes busca la protección del menor hasta que alcance la mayoría de edad tanto en ámbito personal como patrimonial. Esto comprende la obligación de prestar alimentos, la toma de decisiones trascendentes al patrimonio del menor, la representación legal del menor o incapacitado, etc¹⁹.

La patria potestad según el CCCat es compartida siempre, salvo que se den las causas del artículo 236-6 CCCat.

“1. Los progenitores pueden ser privados de la titularidad de la potestad parental por incumplimiento grave o reiterado de sus deberes. Existe incumplimiento grave si el hijo menor o incapacitado sufre abusos sexuales o maltratos físicos o psíquicos, o si es víctima directa o indirecta de violencia familiar o machista.

2. Existe causa de privación de la potestad parental sobre el menor desamparado si los progenitores, sin un motivo suficiente que lo justifique, no manifiestan interés por el menor o incumplen el régimen de relaciones personales durante seis meses.

3. La privación de la potestad parental debe decretarse en un proceso civil o penal y es efectiva desde que la sentencia deviene firme, sin perjuicio de que pueda acordarse cautelarmente suspender su ejercicio.

4. Están legitimadas para solicitar la privación de la potestad parental las personas a que se refiere el artículo 236-3.2 y, en el caso de los menores desamparados, la entidad pública competente.

¹⁹ Roca Trías, Encarnación et al. *Crisis Matrimoniales*. 2ª Edición. Madrid: Memento Experto, 2014. Páginas 22-29.

5. Si se ha solicitado en la demanda, puede constituirse la tutela ordinaria en el propio procedimiento de privación de potestad parental, previa audiencia de las personas legalmente obligadas a promover su constitución.

6. La privación de la potestad no exime a los progenitores de cumplir la obligación de hacer todo lo que sea necesario para asistir a los hijos ni la de prestarles alimentos en el sentido más amplio.²⁰”

Como podemos observar, la privación de la potestad parental se dan en supuestos tasados donde uno de los progenitores o ambos no velan por el cuidado del menor, será efectiva dicha privación cuando la sentencia devenga firme, es un requisito indispensable a la hora de acreditarse puesto que puede presentarse un recurso que revoque posteriormente la resolución.

Podrá o mejor dicho, deberá privarse de la potestad parental a aquel progenitor que: abuse sexualmente del menor o lo maltrate físicamente o psicológicamente, o no muestre interés por el menor, o incumpla el régimen de relaciones personales durante 6 meses.

Cabe destacar que la privación de la potestad no exime al progenitor de cumplir con la prestación de alimentos que se le imponga²¹.

Por otra parte, el concepto de guarda y custodia atañe a una situación de la ruptura de la convivencia por parte de los progenitores, hace referencia al progenitor que tiene custodiando al menor y engloba el conjunto de necesidades que puede tener el menor en su día a día. Es una apreciación a la vida cotidiana del menor. Comporta el derecho a tener al menor consigo mismo, bien de manera permanente o alterna, y el cumplimiento de los deberes que pueden darse en el transcurso del día. En definitiva, satisfacer sus necesidades personales y materiales mientras esté con él²².

El hecho que la legislación no dé una definición exhausta de lo que conlleva la responsabilidad parental y la guarda y custodia pueden llevar al progenitor no custodio a

²⁰ Art. 236-6 CCat.

²¹ Soler, Concepción, Aragón, Virginia, Marín, Catalina, de la Peña, Sebastián, García, M.^a Dolores, Alemán, Carmen, Catalán, M.^a José, Matas, Ana M.^a, Begoña García, M.^a. *La custodia compartida: concepto, extensión y bondad de su puesta en escena. debate entre psicología y derecho*. Anuario de Psicología Jurídica, 2007: [Fecha de consulta: 11 de abril de 2016] <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=315024768008>>

²² Roca Trías, Encarnación et al. *Crisis Matrimoniales*. Op. Cit. Páginas 22-29.

una situación de crisis, realizándose la siguiente pregunta: *¿Por qué tengo que ser un/a mero/a visitador/a?*

Es por la poca claridad de las legislaciones y a veces por el desconocimiento de los progenitores que pueden hacerse preguntas como esa, o entender que si no se tiene la custodia de los menores sólo puedes visitarlos, cuando no es así, ya que en la totalidad de los casos lo que se intenta es que si se otorga la custodia de forma individual a uno de los progenitores, el progenitor no custodio tenga un régimen de visitas muy amplio atendiendo siempre a la edad del menor, con la posibilidad de otorgarle varias pernoctas lo que conlleva que el que no tiene la custodia del hijo no sea un mero visitador sino que pueda ejercer también libremente el cuidado del menor.

2.2 Modalidades de Guarda y Custodia según el Código Civil Catalán.

Tras la ruptura de la convivencia de una pareja que tengan hijos menores en común tienen que adoptarse una serie de medidas relativas al cuidado de los hijos, como por ejemplo, con quien vivirán, donde dormirán, como se relacionarán con el progenitor que no esté con ellos día tras día, etc²³.

Por ello, en la medida de lo más pronto posible se tendría que determinar la guarda y custodia de los hijos menores, ya que tras la ruptura se tienen que adaptar la situación a la nueva relación familiar.

Es por ello que pasamos a analizar los diferentes modelos de guarda y custodia que existen en nuestro ordenamiento jurídico español, teniéndose que adoptar el más beneficioso en cuanto a los hijos menores respetando de esta manera el interés superior del menor.

Tradicionalmente los modelos más conocidos y más utilizados en territorio Español son: la guarda y custodia individual y la compartida. Pero no por ello tenemos que olvidarnos que en situaciones muy excepcionales pueden otorgar la guarda y custodia del menor a un tercero o a la administración.

Entre los diversos modelos distinguimos la guarda y custodia individual, años atrás esta modalidad imperaba en nuestro ordenamiento jurídico, se imponía casi de forma automática y normalmente era la madre la progenitora custodia y en contraparte el

²³ Gete-Alonso, María del Carmen; Solé Resina, Judith. *Custodia Compartida: Derechos de los hijos y de los padres*. Op.Cit. Páginas 91-110.

progenitor no custodio, el padre, se le otorgaba un régimen de visitas más o menos amplio dependiendo de cada caso.

Con la implantación de la reforma del libro II del Código Civil Catalán según el preámbulo (como ya se ha explicado anteriormente) lo que se pretende es justamente eso; desterrar los roles de la madre que se ocupa del cuidado de los hijos y de todas las tareas de la casa, dejando pasar a otros posibles modelos de guarda y custodia más igualitarios como sería la guarda y custodia compartida²⁴.

En la guarda y custodia individual o también conocida como exclusiva se le atribuye la mayor parte del tiempo el cuidado de los hijos menores a uno de los progenitores, aunque al progenitor no custodio se le brinde un régimen de visitas amplio con la finalidad de poder seguir relacionándose de forma abierta con sus hijos menores, en esta modalidad sí que hay una gran diferencia entre el tiempo que pasan con el que obtiene la custodia y el que no. Cabe recordar que la potestad parental se ejercitará de manera conjunta; el hecho que la custodia sea exclusiva no significa que el progenitor no custodio no tenga una serie de responsabilidades. La responsabilidad parental siempre es conjunta, salvo que el Juez dicte una resolución privando de la potestad parental a uno de los progenitores, sin olvidar que dicho progenitor tendrá que mantener aun así su obligación de prestar alimentos del menor²⁵.

El modelo que se contrapone a la custodia individual es: La guarda y custodia compartida o también conocida como alternativa o alternada.

En este modelo los tiempos que ostentan los progenitores con sus hijos son más igualitarios, no tienen por qué ser tiempos exactos pero sí que es cierto que se intenta que cada progenitor disfrute de sus hijos menores del mismo modo. Tanto la custodia como la responsabilidad parental es compartida, durante el tiempo que tenga a su cargo al hijo menor tendrá su custodia.

Normalmente, ante una custodia compartida no sería necesario establecer un régimen de visitas de forma exhausta como en la custodia individual, pero si los intervalos de tiempo

²⁴ BOE-A-2010-13312. Preámbulo. *Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.*

²⁵ Gete-Alonso, María del Carmen; Solé Resina, Judith. *Custodia Compartida: Derechos de los hijos y de los padres.* Op.Cit. Páginas 91-110.

fuera largos no habría ningún problema en establecer un régimen de visitas para el progenitor que no tenga en ese momento la custodia de su hijo, otorgándole así alguna pernocta semanal que se establecería según la situación de cada caso y sobretodo la edad del menor.

Actualmente, tras la ruptura matrimonial o de la convivencia la custodia individual y compartida están a la orden del día. Las situaciones que estamos acostumbrados a ver o a escuchar suelen ser de parejas que rompen su convivencia y tienen hijos en común, la figura tanto materna como paterna está presente en cierta medida, son progenitores que están capacitados para hacerse cargo del hijo menor o incapacitado, pero en este punto también tenemos que tratar los diferentes modelos de custodia cuando los progenitores no puedan asumir las obligaciones que derivan del cuidado del menor.

El CCCat en el artículo 233-10.4 contempla la posibilidad que de forma excepcional, el Juez otorgue la guarda y custodia a un tercero o en último lugar a una institución idónea que será la Administración.

“[...]

4. La autoridad judicial, excepcionalmente, puede encomendar la guarda a los abuelos, a otros parientes, a personas próximas o, en su defecto, a una institución idónea, a las que pueden conferirse funciones tutelares con suspensión de la potestad parental²⁶. ”

En este caso la titularidad de la guarda de los hijos menores se otorgaría a un tercero si se diera una de las siguientes situaciones:

- Convivencia de los menores con los abuelos desde el nacimiento.
- Problemas mentales graves de los progenitores.
- Circunstancias graves que impidan a los padres atender a las necesidades del menor de forma adecuada.

Con otorgarle la guarda a un tercero nos referimos a las personas que están legitimadas para ello, son:

- Los abuelos
- Los parientes (tíos, hermanos, ...)

²⁶ Art. 233-10.4 CCat.

- Personas próximas (personas con especial vinculación a los menores; cónyuges o parejas de los progenitores...)
- Institución idónea (guarda administrativa)²⁷

Es importante precisar que el CCCat en el artículo 236-15 ha regulado de forma explícita la situación que podría darse si falleciera uno de los progenitores, el Juez de forma excepcional podría atribuir la guarda al cónyuge del progenitor difunto.

“2. La autoridad judicial, con el informe del ministerio fiscal, puede atribuir excepcionalmente la guarda y las demás responsabilidades parentales al cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor difunto si el interés del hijo lo requiere y se cumplen los siguientes requisitos:

a) Que el cónyuge o conviviente del progenitor difunto haya convivido con el menor.

b) Que se escuche al otro progenitor y al menor de acuerdo con lo establecido por el artículo 211-6.2.²⁸”

Desde un punto de vista crítico, lo regulado en el precepto legal 236-15 CCCat se aleja de la realidad, pues está claro que ante el fallecimiento de uno de los progenitores se le otorgaría la guarda y custodia de forma exclusiva al otro progenitor, y en el caso que nos encontráramos ante la privación de la potestad parental del cónyuge vivo, a nuestro parecer siempre es mejor otorgarle la guarda a un familiar a fin de impedir guerras innecesarias entre el progenitor vivo y la pareja del progenitor difunto. Siempre tenemos que buscar el interés del menor; creemos que es importante y ser perspicaces y evitar situaciones conflictivas y desagradables a la hora de tomar medidas.

Después de analizar los diferentes modelos de guarda y custodia conocidos en el ordenamiento jurídico español es muy importante destacar *el principio general de no separación de los hermanos* aplicable a cualquier modalidad de las que hemos trabajado anteriormente.

Este principio tiene como finalidad que los hijos menores sigan teniendo la misma relación personal y familiar anterior a la ruptura matrimonial o de la convivencia. Y es en el artículo 233-10.2 CCCat donde se indica que: como regla general tras una ruptura de

²⁷Roca Trías, Encarnación et al. *Crisis Matrimoniales*. Op. Cit. Páginas 22-29.

²⁸ Art. 236-15 CCat.

la convivencia entre los progenitores no se podrá separar a los hermanos con excepción de algunas circunstancias. Dichas circunstancias no se detallan en el precepto legal ni a lo largo del articulado de la reforma del libro segundo del Código Civil Catalán, simplemente se hace una pequeña apreciación muy general: “*no podrá separarse a los hermanos, salvo que las circunstancias lo justifiquen.*”²⁹

¿Cuáles son esas circunstancias? Una de ellas sería la opinión del menor de 12 años que tiene derecho a ser escuchado antes de que se tome una decisión que afecte a su esfera personal, tal y como indica el artículo 211-6.2 CCCat donde se regula el interés superior del menor: “*El menor de edad, de acuerdo con su edad y capacidad natural y, en todo caso, si ha cumplido doce años, tiene derecho a ser informado y escuchado antes de que se tome una decisión que afecte directamente a su esfera personal o patrimonial.*”³⁰

Tampoco se especifica en el artículo 233-10.2 CCCat si el principio de no separación de los hermanos rige solo entre los hijos menores de edad o también se establece para las relaciones entre los hijos mayores de edad. Esta parte entiende que el precepto legal simplemente regula la relación entre los hermanos menores ya que es en el artículo 233-12.1 CCCat donde se menciona la relación de los hijos mayores de edad que no convivan en el domicilio conyugal: “*Si los cónyuges proponen un régimen de relaciones personales de sus hijos con los abuelos y con los hermanos mayores de edad que no convivan en el mismo hogar, la autoridad judicial puede aprobarlo, previa audiencia de los interesados y siempre y cuando estos den su consentimiento*”³¹.

Dada la interpretación de las normas jurídicas del Código Civil Catalán que regulan el principio de no separación de los hermanos, podemos concluir que como regla general el Juez en la determinación de la guarda y custodia siempre tendrá en cuenta el factor del vínculo emocional entre los hermanos menores de edad, salvo que concurran circunstancias que vayan contra el interés del menor, siempre se tendrá en cuenta el principio de no separación de los hermanos menores estableciendo un régimen de relaciones personales entre los hermanos mayores que no convivan en el mismo domicilio que el menor.

²⁹ Art. 233-10.2 CCat.

³⁰ Art. 211-6.2 CCat.

³¹ Art. 233-12.1 CCat.

Esta parte entiende que el principio de no separación de los hermanos tiene mayor importancia de la que otorga el CCCat, ya que consideramos que el apoyo y el vínculo fraternal que se forma entre los hermanos independientemente de su edad es una buena herramienta para la superación de la ruptura matrimonial.

3 La caracterización de la guarda y custodia compartida en el ordenamiento jurídico catalán.

3.1 Concepto

Es casi imposible recabar una definición exacta de lo que supone la guarda y custodia compartida, ya que el legislador catalán no detalla explícitamente en que consiste dicha modalidad, a diferencia del legislador valenciano que dota a su comunidad autónoma de una definición legal:

“Por régimen de convivencia compartida debe entenderse el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores, acordado voluntariamente entre aquéllos, o en su defecto por decisión judicial³²”.

El legislador de la comunidad valenciana en el artículo 3.a) de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, define la guarda y custodia compartida como un régimen equilibrado donde los progenitores o el Juez tendrán que establecer una distribución del tiempo de convivencia con cada menor de forma igualitaria.

Del mismo modo, autores como ORTUÑO MUÑOZ definen el régimen de la siguiente forma:

“Aquella modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de la relación de pareja, en la que ambos progenitores convienen en establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro³³”.

³² BOE-A-2011-7329. Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

³³ Ortuño Muñoz, Pascual: *“El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial”*. Segunda Edición. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006. Página 63-69.

Entre otros, PINTO ANDRADE:

“Según la doctrina, sería aquel modelo de guarda y custodia en el que ambos progenitores se encargan de forma periódica o rotatoria del cuidado, atención y educación de los hijos menores. En otro sentido, se señala que consiste en la alternancia de los progenitores en la posición de guardador y visitador (propios de la guarda exclusiva), la cual, en abstracto, les coloca en pie de igualdad y garantiza el derecho del menor a ser educado y criado por sus dos progenitores a pesar de la ruptura³⁴”.

Por último, LATHROP GÓMEZ establece que:

“La asunción compartida de autoridad y responsabilidad en relación a todo cuanto concierna al niño; el respeto de su derecho a continuar contando afectiva y realmente, con un padre y una madre; el aprendizaje de modelos solidarios entre ex esposos pero aun socios parentales; acuerdo entre los integrantes de la familia sobre los tipos de convivencia del niño con uno y con otro³⁵”.

El problema ante todo esto es que la legislación (entendiéndolo como derecho positivo) no delimita la expresión de guarda y custodia compartida en el Código Civil Catalán ni en el Código Civil Español, por ello cuesta mucho extraer una definición legal de dicho concepto.

Finalmente, después de analizar diversos autores entendemos que la guarda y custodia compartida es un régimen de reparto de tiempos y estancia de los hijos con cada uno de los progenitores, un modelo que establece de manera paritaria la comunicación y convivencia de los menores con sus padres; un régimen igualitario con obligaciones y derechos equitativos en cuanto al cuidado del menor que tiene como objetivo el interés de este en todo momento creando una situación parecida a la que había anteriormente a la ruptura, con la diferencia de que los padres ya no viven juntos.

A nuestro parecer se trata de un régimen totalmente acertado, teniendo en cuenta que en beneficio del menor se busca que este conserve totalmente la relación que ha tenido hasta

³⁴ Pinto Andrade, Cristóbal. *La custodia compartida*. Barcelona: Editorial Bosch S.A, 2009. Páginas 100-106.

³⁵ Lathrop Gómez, Fabiola. *Custodia compartida de los hijos*. Madrid: Editorial LA LEY, 2008. Páginas 275-283.

el momento de la ruptura con sus padres, creando indirectamente una “ficción” de que todo sigue igual con la salvedad de que los progenitores no conviven juntos.

3.2 *Formas de guarda y custodia compartida según la atribución del uso de la vivienda familiar.*

Dentro de la modalidad de la guarda y custodia compartida cabe diferenciar cuatro supuestos en función de la atribución del uso de la vivienda familiar:

- Guarda compartida simultánea: Se dan en situaciones donde no se procede a dividir el uso de la vivienda y todo el núcleo familiar sigue conviviendo en la misma casa. Es un supuesto poco común ya que normalmente ante una demanda de divorcio los cónyuges no quieren continuar viviendo juntos.
- Guarda compartida a tiempo parcial sin cambio de domicilio por parte de los menores: Son los menores los que residen de forma habitual en la vivienda familiar y serán los padres los que residirán temporalmente en los periodos que custodien a sus hijos. Tiene como ventaja que los hijos menores no tendrán que ir cambiando de domicilio en cada periodo de tiempo pero es casi insostenible económicamente ya que los progenitores tendrán que mantener la vivienda familiar y su domicilio individual.
- Guarda compartida a tiempo parcial con cambio de domicilio:³⁶ Los hijos permanecen parte del tiempo con uno y otro progenitor.
 - Alternancia por días: La semana se divide en dos mitades; la primera mitad en lunes y martes, la segunda mitad en miércoles y jueves, en cambio los fines de semana se consideran viernes, sábado y domingo de forma que se alternan.
 - Alternancia por semanas: Se entiende que la semana se compone de 7 días de lunes a domingo, cada progenitor tendrá en su cuidado al menor durante una semana. Puede establecerse un régimen de visitas puesto que para el menor siete días sin ver al otro progenitor podría ser perjudicial.

³⁶ Roca Trías, Encarnación *et al.* *Crisis Matrimoniales*. Op. Cit. Páginas 48-53.

- Alternancia por meses: Esta modalidad es mucho menos común se establece de manera indispensable un régimen de visitas para el progenitor no custodio durante ese periodo de tiempo.
- Alternancia por años o cursos escolares: Es una medida adecuada para adolescentes pero es la modalidad menos común de todas las analizadas anteriormente. En nuestra opinión esta modalidad es más propia de una guarda y custodia exclusiva que de una compartida, se dan en situaciones como el desplazamiento de algún progenitor por cuestiones laborales o escolares del menor.

3.3 Principios generales de la Guarda y Custodia Compartida

3.3.1 Principio de interés superior del menor

Uno de los principios generales de la guarda y custodia compartida es el del interés superior del menor. Pretender definir lo que debe entenderse por este principio es una tarea bastante difícil ya que este principio es una de los conceptos jurídicos indeterminados que nos acompañan a lo largo del trabajo. Entendemos que dicho principio no tiene que interpretarse en sentido estricto sino que se irá perfilando en la aplicación del caso concreto.

Pues bien, dicho principio se encuentra consagrado en un sinnúmero de países que lo han incorporada en sus legislaciones referentes a derecho de Familia, entre otros, España lo integró en su ordenamiento jurídico debido al fuerte desarrollo tanto doctrinal como jurisprudencial.³⁷

Tal y como establece LATHROP GÓMEZ: *“España recogió el principio del interés superior del menor fundamentando su desarrollo como consecuencia y concreción de las normas constitucionales sobre protección integral de la familia y la infancia, específicamente, el artículo 39.2, 3 y 4 de la Constitución Española*³⁸.

³⁷ Lathrop Gómez, Fabiola. *Custodia compartida de los hijos*. op. cit. Páginas 114-117.

³⁸ Lathrop Gómez, Fabiola. *Custodia compartida de los hijos*. op. cit. Páginas 116-119.

El interés superior del menor o también conocido como *favor filii* es uno de los principios inspiradores del Derecho civil de Familia, pero no solo de esta rama sino de todas aquellas concernientes a los menores. En el intento de encontrar una definición exacta de lo que conlleva la aplicación de este principio entendemos que: el principio *favor filii* es un principio inspirador del ordenamiento jurídico español que vincula a todos los poderes públicos e incluso a los progenitores a adoptar las medidas que sean más adecuadas y más favorables para el menor. Deber considerarse primordial su aplicación en las cuestiones que tengan una implicación tanto directa como indirecta hacia el menor, como por ejemplo: el régimen de guarda y custodia, la patria potestad, el uso de la vivienda familiar, la prestación de alimentos, etc³⁹.

Con la aprobación de la Ley Orgánica, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor se exige que el interés superior del menor prime sobre cualquier interés que pudiera darse en cada caso en concreto y debe ser un principio rector en la actuación de los poderes públicos, según su artículo 11.2.a).

Es por todo ello, que entendemos que el principio *favor filii* es un principio que debe imperar siempre sobre el interés que puedan tener los progenitores en la determinación de la guarda y custodia compartida y que la actuación del juez deberá estar consagrada siempre por la aplicación de dicho principio.

3.3.2 Principio de corresponsabilidad parental

El principio de corresponsabilidad parental consiste en el reparto proporcional de las obligaciones y los derechos que tienen los progenitores en cuanto al cuidado de sus hijos menores de edad. Combina la igualdad de ambos progenitores, tanto la madre como el padre, en el ejercicio de sus deberes frente a los hijos y el derecho de estos a ser criados del mismo modo tanto por uno como por otro.⁴⁰

A nivel internacional, encontramos su origen en la Convención Internacional de los Derechos del niño, concretamente en el artículo 18.1 que otorga la consideración de derecho fundamental de los niños y adolescentes:

³⁹ Lathrop Gómez, Fabiola. *Custodia compartida de los hijos*. op. cit. Páginas 54-57.

⁴⁰ Echevarría Guevara, Karen Lisette. *La guarda y custodia compartida de los hijos*. Orozco Pardo, Guillermo. Tesis doctoral inédita. Universidad de Granada. Granada, 2011. Página 135.

“Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño⁴¹.”

A nivel interno, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, también integra este principio la conciliación de la vida familiar de las mujeres y los hombres.

En la aplicación del principio de corresponsabilidad parental, el legislador catalán prevé la necesaria elaboración de un Plan de Parentalidad con el objetivo de detallar las responsabilidades de cada progenitor cuando se dé una ruptura de pareja donde haya hijos menores en común, según el artículo 233-9 CCCat.

Es por ello que, los padres tienen la obligación de preservar el cuidado de los hijos menores aun cuando haya una ruptura matrimonial o de la convivencia. El objetivo es que ambos progenitores sigan cumpliendo con las obligaciones que derivan de tener a cargo un menor; en su cuidado y desarrollo de la personalidad, dejando de lado los posibles roles que pudieron adoptar durante la convivencia matrimonial y haciendo de sus obligaciones un cumplimiento efectivo y responsable donde no haya una superior jerarquía entre los progenitores.

Desde nuestro punto de vista, la guarda y custodia compartida cumple con la aplicación del principio de corresponsabilidad parental, ya que ambos progenitores en distintos periodos de tiempo asumen las obligaciones que derivan de este y no como la custodia individual que otorga más responsabilidades al progenitor custodio, haciendo del otro progenitor un mero visitador. Y es en los momentos que cada progenitor tiene a cargo su hijo donde asumen la responsabilidad parental y no quedan al margen como un mero cuidador.

3.3.3 Principio de coparentalidad

El principio de coparentalidad puede llegar a ser uno de los principios más importantes para la determinación de la guarda y custodia compartida, ya que desde nuestro punto de vista dicho principio es el que caracteriza sin duda esta modalidad.

⁴¹ BOE-A-1990-31312. *Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 20 de noviembre de 1989.*

Este principio engloba el derecho a que el niño mantenga la misma relación con ambos progenitores aunque haya habido una ruptura matrimonial, es el derecho a ser cuidado y educado por ambos, el derecho a mantener una comunicación igual con ambos progenitores. En definitiva, una manera de garantizar que los hijos menores continúen teniendo la relación afectiva que tenían con sus padres antes de la crisis familiar.

La gran mayoría de las críticas que recibe la determinación de un régimen de guarda y custodia individual es referente a la aplicación de este principio, ya que es evidente la ventaja que presenta la guarda y custodia compartida a la hora de respetar el vínculo afectivo que continua teniendo el menor con ambos padres.

3.3.4 Principio de universalidad

Se deriva de la aplicación de este principio que la atribución de la guarda y custodia (en cualquiera de sus modalidades) por mucho que siempre o casi siempre se haga referencia hacia una relación matrimonial, será de aplicación también a cualquier tipo de filiación, matrimonial o extramatrimonial, natural o adoptiva⁴².

El artículo 39 de la Constitución Española no permite otra interpretación:

“1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos⁴³. ”

Es sobretodo en su apartado 2 y 3, donde extraemos que todos los poderes públicos deberán asegurar que ambos progenitores cumplan con las obligaciones que se deriven

⁴² Pinto Andrade, Cristóbal. *La custodia compartida*. Op. Cit. Páginas 109-123.

⁴³ BOE-A-1978-31229. *Constitución Española*.

del cuidado de los hijos menores, no se admite distinción entre hijos dentro o fuera del matrimonio.

En conclusión, carece de importancia la existencia de un vínculo matrimonial o no, solamente se necesita un vínculo filial para que se genere una responsabilidad patrimonial⁴⁴.

3.4 Criterios para otorgar la Guarda y Custodia según el Código Civil catalán.

En el ámbito estatal, no existe ningún artículo del CC que concrete que criterios tiene que seguir el Juez para determinar el régimen de la guarda y custodia, ha sido gracias a la jurisprudencia que se han ido desarrollando una serie de criterios que se deben tener en cuenta⁴⁵.

En el ámbito de las Comunidades Autónomas, más concretamente en Cataluña, el legislador Catalán ha concretado en el artículo 233-11.1 CCCat unos requisitos que deben atenderse antes de determinar el régimen de guarda y custodia siempre teniendo en cuenta el que sea más beneficioso para el menor.

“1. Para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda, es preciso tener en cuenta las propuestas de plan de parentalidad y, en particular, los siguientes criterios y circunstancias ponderados conjuntamente:

- a) La vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores, así como las relaciones con las demás personas que conviven en los respectivos hogares.*
- b) La aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad.*
- c) La actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de estos con los dos progenitores.*
- d) El tiempo que cada uno de los progenitores había dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura y las tareas que efectivamente ejercía para procurarles el bienestar.*
- e) La opinión expresada por los hijos.*

⁴⁴ Pinto Andrade, Cristóbal. *La custodia compartida*. Op. Cit. Páginas 125-129.

⁴⁵ Roca Trías, Encarnación et al. *Crisis Matrimoniales*. Op. Cit.. Páginas 57-63.

f) *Los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento.*

g) *La situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y actividades de los hijos y de los progenitores.*⁴⁶”

En el presente artículo observamos que el legislador catalán ha exigido que se tengan en cuenta una serie de circunstancias antes de adoptar el régimen de guarda y custodia que se deba llevar a cabo, pero nos encontramos con la carencia de una definición de lo que se entiende por: vinculación afectiva entre los hijos y los progenitores, aptitud de los progenitores, actitud de los padres, etc.

¿Hay algún otro artículo que lo defina? ¿Cabe al arbitrio del Juez que estudie el caso en concreto? La respuesta es que no: ha sido la jurisprudencia –partiendo de la importancia de la sentencia STS 8-10-2009– la que ha desarrollado dichos criterios y especifica que se entiende por cada pauta que se enumera en el artículo 233-11.1 CCCat.

- Vínculo afectivo: Es la relación afectiva que puede tener el menor tanto hacia sus progenitores, como hacia sus hermanos o hacia la nueva pareja del padre o la madre. Por consiguiente, se exige una vinculación afectuosa con todas las personas que vayan a convivir con el menor⁴⁷.
- Aptitud de cada progenitor⁴⁸: Dentro de este criterio encontramos una distinción entre la salud de los progenitores y sus habilidades parentales.
 - Salud de los progenitores: Se tiene que analizar tanto la situación física como psíquica de cada progenitor:
 - Discapacidad física: Este tipo de discapacidad no es determinante para determinar el régimen de guarda y custodia, es cierto que debe tenerse en cuenta pero relacionándola con el cuidado del hijo menor y las consecuencias que puede tener en el día a día un progenitor

⁴⁶ Art. 213-11.1 CCat.

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de octubre del 2009, recurso 2009/234619.

⁴⁸ Roca Trías, Encarnación *et al.* *Crisis Matrimoniales*. Op. Cit. Páginas 66-69.

con una determinada discapacidad física. Tendrá que estudiarse el caso concreto, el tipo de discapacidad del progenitor y la consecuencia que pueda tener en el cuidado del menor.

- Enfermedades mentales: No todas las enfermedades mentales impiden al progenitor asumir el correcto cuidado de los hijos menores, tendrán que tenerse en cuenta factores como: la gravedad de la enfermedad, su evolución, el tratamiento que esté llevando a cabo el progenitor y el entorno familiar.
- Hábitos tóxicos: es uno de los elementos más determinantes a la hora de decidir el régimen de guarda y custodia. A diferencia de las enfermedades mentales o las discapacidades físicas, los hábitos tóxicos pueden impedir que se determine un régimen de guarda y custodia a favor del progenitor que los lleva a cabo, ya que siempre se busca el interés superior del menor donde se exige alejar a este de cualquier conducta que le sea perjudicial, como podría ser la actitud del progenitor bajo la influencia de estupefacientes o demás hábitos tóxicos que lleven a la ausencia del cuidado del menor.
- Habilidades parentales: En cuanto a las habilidades parental, tendrán que tenerse en cuenta en cada progenitor: la capacidad de comunicación, de generar relaciones de afecto, la creación de pautas educativas adecuadas, etc.
- Actitud del progenitor: Es la actitud que adoptan los progenitores tras la ruptura matrimonial o de la pareja, es normal que cuando se dé esta situación ambos progenitores no tengan interés en establecer una relación entre ambos pero deben estar predispuestos a establecer una relación

cordial con la finalidad de garantizar una estabilidad al menor. Es muy importante este criterio a la hora de establecer el régimen compartido, ya que la mala relación entre los padres podría ser determinante para imponer una custodia exclusiva y cerrar las puertas así a la modalidad compartida⁴⁹.

- El tiempo que cada uno de los progenitores había dedicado a su hijo antes de la ruptura: De este criterio se desprende que el progenitor que se hubiera ocupado del cuidado del menor hasta el momento de la ruptura lo hará consecuentemente también en el momento posterior⁵⁰.

Discrepamos totalmente con este último criterio, ya que entendemos que quizás por motivos laborales el otro progenitor no pudo dedicarle tanto tiempo al menor, pero esto no quiere decir que posteriormente no le dedique el tiempo necesario y no pueda hacerse cargo totalmente de su cuidado. Podría adoptar otras medidas como, por ejemplo, una reducción de jornada.

- La opinión del menor: Los menores de edad tienen derecho a ser escuchados siempre y cuando tengan que tomarse medidas que los vinculen y/o les afecten. Tal y como establece el artículo 211-6.2 CCCat; deberá tenerse en cuenta la opinión de los hijos cuando los menores tengan suficiente juicio atendiendo a su edad y a su madurez, y en todo caso cuando sean mayores de doce años.
- Los acuerdos en previsión de la ruptura.
- Ubicación de los respectivos domicilios: Cabe destacar que el Tribunal Supremo ha rechazado la problemática de la “deslocalización”⁵¹ argumentando que el cambio de domicilio de los menores cuando están con uno o el otro progenitor es una consecuencia inherente de la aplicación

⁴⁹ Sentencia del tribunal Supremo, de 8 octubre 2009 Recurso 2009/234619.

⁵⁰ Sentencia del tribunal Supremo, de 8 octubre 2009 Recurso 2009/234619.

⁵¹ Roca Trías, Encarnación *et al.* *Crisis Matrimoniales*. Op. cit. Páginas 25-28.

de la guarda y custodia compartida, ya que esta modalidad se funda en la no estabilidad del domicilio de los hijos⁵².

3.5 *Reparto del tiempo y el derecho de visitas*

No existe ninguna regla ni modelo que fije los periodos de convivencia, es decir, los lapsos de tiempo que cada progenitor pasará con su hijo cuando lo tenga a su cargo. Como ya se explicó en la definición de la guarda y custodia compartida, el hecho de que el Juez determine dicho régimen no implica que el reparto de los periodos de convivencia tengan que ser los mismos, es decir, no tienen que ser exactos simplemente equitativos.

Para determinar los periodos de convivencia se tiene en cuenta la edad del menor y la distancia de domicilios de cada uno de los progenitores. Es muy importante que los padres estén dispuestos a garantizar la continuidad y la alternancia del cuidado de los hijos tanto como salvaguardar la vida escolar del menor.

Es un error pensar que establecer un régimen de custodia compartida conlleva la eliminación del derecho de visitas para el progenitor que no tiene a su cargo el menor en ese lapso de tiempo. Salvo que los periodos de tiempo sean muy breves, normalmente se establece un régimen de visitas para el otro progenitor. Este término deja entrever las características comunes que puede tener la instauración de la custodia compartida con un amplio régimen de visitas en una custodia exclusiva.

En la práctica puede asemejarse y es uno de los métodos más utilizados por esos jueces que son reticentes a instaurar esta nueva figura, pero aunque tengan características comunes encontramos muchas diferencias, entre ellas conviene diferenciar que:

Tal y como establece PINTO ANDRADE: *“Un régimen de visitas amplio reparte los tiempos de convivencia, pero la custodia compartida reparte, además, las responsabilidades que se dimanan del ejercicio de la patria potestad; o lo que es lo mismo, fomenta la corresponsabilidad parental”*⁵³.

La frecuencia y duración de la convivencia con cada progenitor dependerá de la etapa del crecimiento del menor, en definitiva, de la edad de este. Se ha creado un cuadro

⁵² Sentencia del tribunal Supremo, de 8 octubre 2009 Recurso 2009/234619.

⁵³ Pinto Andrade, Cristóbal. *La custodia compartida*. Op. Cit. Página 84.

orientativo que con la variante de la edad establece cual es la frecuencia adecuada del contacto de los padres con sus hijos⁵⁴.

Edad	Frecuencia del contacto con ambos padres
Menos de 1 año de edad	Una parte del día (mañana o tarde)
De 1 a 2 años	Días alternos
De 2 a 5 años	Dos días seguidos con cada progenitor
De 5 a 9 años	Alternancia semanal con una pernocta para el otro progenitor
Más de 9 años	Alternancia semanal

Como podemos observar, según la etapa de crecimiento donde se encuentra el menor la frecuencia de contacto con los progenitores es mayor o menor. Cuando el menor tiene una corta edad, menos de un año y dos, no es habitual estar separado de los padres durante más de un día, es entre los 2 años y los 5 años cuando puede pasar (según los psicólogos) dos días seguidos con cada progenitor. A partir de los 9 años, el menor puede estar una semana con sus padres sin pernocta.

En definitiva, la alternancia puede ser: fraccionar la semana, semanal, quincenal, mensual, entre otras, con la particularidad de que si los lapsos de tiempo no son breves pueden establecerse un régimen de visitas para el progenitor que no tenga a su cargo al menor en ese momento determinado. Tal y como establece el artículo 233-9.2.d) CCCat el régimen de comunicación y relación tendrá que establecerse en el plan de parentalidad.

3.6 *Pensión de alimentos*

3.6.1 *Concepto*

La Constitución Española en su artículo 39 apartado 3 obliga a los padres a prestar asistencia a los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio cuando sean menores de edad, siempre deben velar por el cuidado de sus hijos aun cuando se dé una situación de crisis matrimonial o ruptura de la convivencia. Por lo tanto, se entiende que la separación o el divorcio no eximen de las obligaciones que tienen los progenitores.

⁵⁴ Lathrop Gómez, Fabiola. *Custodia compartida de los hijos*. Op. Cit. Páginas 523-526.

Dentro de dichas obligaciones encontramos la prestación de alimentos: ¿Y qué entendemos por alimentos?

Según el artículo 237-1 CCCat: *“Se entiende por alimentos todo cuanto es indispensable para el mantenimiento, vivienda, vestido y asistencia médica de la persona alimentada, así como los gastos para la formación si esta es menor y para la continuación de la formación, una vez alcanzada la mayoría de edad, si no la ha terminado antes por una causa que no le es imputable, siempre y cuando mantenga un rendimiento regular. Asimismo, los alimentos incluyen los gastos funerarios, si no están cubiertos de otra forma⁵⁵.”*

Por alimentos entendemos que es todo aquello indispensable para el sustento, vivienda, vestido y asistencia médica. Engloba también la educación y la formación del menor, aun cuando sea mayor de edad si no ha terminado aún por causas que no le sean imputables. Los progenitores están obligados prestar alimentos y a cumplir con los deberes de asistencia hacia sus hijos.

El artículo 237-12 CCCat establece que el derecho de alimentos es irrenunciable, intransmisible e inembargable. Cabe destacar que el legislador catalán mediante el artículo 233-10.3 CCCat ha querido remarcar que la forma de ejercer la guarda y custodia de los hijos no altera el contenido de la obligación de alimentos.

“La forma de ejercer la guarda no altera el contenido de la obligación de alimentos hacia los hijos comunes, si bien es preciso ponderar el tiempo de permanencia de los menores con cada uno de los progenitores y los gastos que cada uno de ellos haya asumido pagar directamente⁵⁶.”

Es importante destacar como el legislador catalán ha recalcado esta cuestión, ya que es una apreciación errónea afirmar que si se instaura un régimen de guarda y custodia compartida no cabe exigir una pensión de alimentos. La custodia compartida no exonera automáticamente de la pensión alimenticia, en dicha modalidad puede caber o no la obligación de alimentos por parte de los progenitores, tendrá que atenderse al caso en concreto para determinar si cabe o no una prestación alimenticia.

⁵⁵ Art. 237 CCat.

⁵⁶ Art. 233-10-3 CCat.

Es habitual pensar que cuando se establece un régimen de custodia exclusiva el progenitor no custodio deberá abonar mensualmente la prestación de alimentos a favor del menor, la explicación está en que ambos progenitores tienen el deber de alimentos, y que el progenitor custodio por el hecho de convivir con el menor afronta una cantidad de gastos más elevados que el progenitor no custodio, por lo tanto este tendrá que abonar una cantidad en proporción a los gastos del menor.

¿Pero qué pasa cuando se establece un régimen de custodia compartida? Podemos pensar según la justificación de la prestación de alimentos que se da en una custodia exclusiva cuando estamos ante una custodia compartida no cabe establecer una pensión de alimentos ya que el menor convive en tiempos equitativos con cada uno de los progenitores, es decir, el progenitor en principio se hace cargo de los gastos del menor en el lapso de tiempo que lo tiene a su cargo.

Esta afirmación es creemos que es errónea ya que como se ha dicho anteriormente, tendremos que atender a las circunstancias de cada caso, pero por norma general, cuando estemos ante una guarda y custodia compartida y ambos progenitores dispongan de la misma capacidad económica no habrá una obligación de establecer una pensión de alimentos por parte de ningún progenitor, ya que cada padre se hará cargo de los gastos del menor mientras los tenga a su cargo, será de forma proporcional y no habrá una descompensación de pagos, ya que ambos progenitores tienen una capacidad económica muy parecida.

Asimismo, la SAP de Barcelona de 20 de febrero de 2007 estableció que: *“cada progenitor deberá soportar y sufragar los gastos de manutención de sus hijos cuando permanezcan con él y en cuanto a los demás gastos de los hijos deberán ser satisfechos por mitad entre ambos padres⁵⁷.”*

Pero podemos encontrarnos ante una situación diferente donde sí que haya una descompensación ya que uno de los progenitores tiene mayor capacidad económica que el otro. Puede ser que aun en sistema de custodia compartida uno de los progenitores se vea obligado a contribuir en los gastos cotidianos del menor cuando se encuentre en compañía del otro.

⁵⁷ Sentencia AP de Barcelona 629/2007, de 20 de febrero de 2007.

En estos casos la pensión de alimentos reequilibra las situaciones patrimoniales de los progenitores siempre que el interés del menor lo justifique.

3.6.2 *Gastos ordinarios y extraordinarios.*

Hay un desconocimiento en cuanto al contenido de la pensión de alimentos y aunque en el apartado anterior ya se ha explicado el contenido de esta obligación, creemos importantes destacar y diferenciar los gastos ordinarios de los extraordinarios.

Se entiende por gastos ordinarios esos gastos incluidos en la pensión de alimentos. Sí, a diferencia de los gastos extraordinarios, los gastos ordinarios entran dentro de la pensión de alimentos. Los gastos ordinarios se caracterizan por ser de trato sucesivo, previsibles y necesarios para el día a día. Son aquellos como el uniforme, la comida, los recibos del colegio, el transporte, los libros, las excursiones escolares...

Muchos jueces dictan sentencias donde especifican que se entienden por gastos ordinarios o extraordinarios con el objetivo de evitar discusiones futuras entre ambos progenitores.

En cambio, entendemos por gastos extraordinarios aquellos que no se pueden prever, pueden surgir o no. Aunque no puedan preverse y surjan sin esperarlo deben ser necesarios, es decir, deben ser imprescindibles para el menor como por ejemplo una ortodoncia que es importante para la salud bucal del menor.

Como se ha dicho anteriormente, los gastos ordinarios se cubren con la pensión alimenticia que se establece, pero los gastos extraordinarios por no ser previsibles no se contienen en la pensión. Tendrán que pagarse de forma separada, generalmente se establece el 50% del pago del gasto extraordinario para cada progenitor, pero puede establecerse un porcentaje diferente según la capacidad económica de progenitor. Puede darse en algún caso que uno de los progenitores debido a su alta capacidad económica se haga cargo del 100% del pago de los gastos extraordinarios, pero no es habitual.

Es difícil realizar una enumeración exhaustiva de gastos extraordinarios, pero la doctrina dada la confusión de los progenitores ante una ruptura del matrimonio o la convivencia, considera como gastos extraordinarios: el dentista, la ortodoncia, el psicólogo, viajes, carnet de conducir, etc.

Desde nuestro punto de vista, creemos que todas las cuestiones que engloban la pensión de alimentos tanto los gastos ordinarios y extraordinarios tienen que estar muy bien detallados en el convenio regulador, o el juez tiene que establecerlo de forma muy precisa

en la sentencia con el fin de evitar discusiones en torno a cuestiones que podrían estar especificadas.

3.6.3 *Tablas orientadoras para la determinación de las pensiones alimenticias*

Desde hace tiempo muchos abogados ponen de manifiesto la necesidad de unos varemos orientativos de las pensiones alimenticias en los procesos de nulidad, separación y divorcio. Ya que podría ser un instrumento muy útil para facilitar acuerdos y soluciones en este tipo de procedimientos.

Una de las características del Derecho de Familia tanto en el ámbito del derecho común como en el ámbito del derecho autonómico es la existencia de conceptos jurídicos indeterminados, entre otros, uno de ellos es la cuantificación de las prestaciones económicas. Esta situación puede tener consecuencias⁵⁸:

- Imprevisibilidad de la respuesta judicial
- Posibilidad de respuestas judiciales distintas ante supuestos parecidos
- Incremento de la litigiosidad contenciosa

Por todo ello, el Consejo General del Poder Judicial ha aprobado unas tablas orientadoras para la determinación de las pensiones alimenticias según la capacidad económica de cada progenitor, con el objetivo de facilitar la posibilidad de acuerdos y aumentar la seguridad jurídica.

Las tablas tienen un carácter orientador, por lo que cabe que el Juez tome otra decisión que sea la vinculante, es decir, la que se tenga que llevar a cabo, respeta siempre la independencia de los Jueces y Magistrados.

La utilización de las tablas requiere la previa determinación de los ingresos netos de cada padre, se excluyen los gastos de la vivienda y la educación. Tampoco incluyen los gastos extraordinarios ya que al ser imprevisibles pueden darse o no, la forma y cantidad de pago deberá acordarse de forma separada.

⁵⁸ Villán Criado, Ildefonso. *Tablas orientadoras para determinar las pensiones alimenticias de los hijos en los procesos de familia* [En línea]. Madrid: 2013 [Fecha de consulta: 05-04-2016] [Acceso gratuito] < <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Utilidades/Calculo-de-pensiones-alimenticias/> >

La tablas crean una estimación de la pensión de alimentos, para ella se necesita saber: el tipo de custodia, el número de hijos, el municipio de residencia del menor, los ingresos de cada uno de los progenitores, los costes derivados del cuidado del menor, etc...

3.6.4 Formas de pago

No hay un criterio general de la forma en que se debe abonar la pensión de alimentos ni tampoco lo ha regulado el legislador en el CC o en el CCCat. Pero en octubre del 2009 en el Encuentro de Jueces, Fiscales, Secretarios y abogados de familia se establecieron diferentes opciones de formas de pago⁵⁹:

“a) Pago reciproco de pensión alimenticia en la cuantía que corresponda. En caso de igual o similar capacidad económica de los progenitores, podrá establecerse que cada uno soporte los gastos que genere la manutención de los hijos cuando los tenga en su compañía, abonado por mitad los gastos fijos ordinarios y los extraordinarios mediante domiciliación bancaria de sus pagos en una cuenta común que se nutra con iguales aportaciones dinerarias de las partes.

b) Ingreso de la pensión alimenticia establecida en una cuenta bancaria de titularidad conjunta de los progenitores y disponibilidad mancomunada, en la que se domicilien todos o parte de los gastos fijos que generen los hijos.

c) Pago directo por un progenitor, o por ambos, a terceros de determinados gastos de los hijos.

d) Combinación de cualquiera de las formulas anteriores⁶⁰. ”

Como se ha dicho anteriormente, cuando ambos progenitores tengan la misma capacidad económica puede no establecerse una pensión de alimentos, haciéndose cargo cada progenitor de la manutención del menor cuando esté a su cargo, y abonando la mitad de los gastos extraordinarios en una cuenta en común. En cambio, cuando si se fija una pensión alimenticia una buena opción sería la creación de una cuenta conjunta

⁵⁹ Conclusiones del IV encuentro de magistrados y jueces de familia y asociaciones de abogados de familia [En línea]. Valencia: octubre de 2009 [Fecha de consulta: 17-04-2016] [Acceso gratuito] <<http://www.icasv-bilbao.com/images/comisiones/ConclusionesFamiliaValencia.pdf>>

⁶⁰ Conclusiones del IV encuentro de magistrados y jueces de familia y asociaciones de abogados de familia [En línea]. Valencia: octubre de 2009 [Fecha de consulta: 17-04-2016] [Acceso gratuito] <<http://www.icasv-bilbao.com/images/comisiones/ConclusionesFamiliaValencia.pdf>>

mancomunada. Desde nuestro punto de vista es importante llevar a cabo una rendición de cuentas de carácter mensual.

Atendiendo a lo anterior, creemos conveniente que cada progenitor asuma los gastos cotidianos del menor durante el periodo de convivencia con él, si ambos progenitores tienen la misma capacidad económica, y que se establezca un fondo común mensual para los gastos de carácter extraordinario⁶¹.

3.7 Atribución del uso de la vivienda familiar

3.7.1 Concepto

Es evidente que cuando se produce la ruptura del matrimonio o de la convivencia y existen hijos menores en común los progenitores deben seguir dotando de un espacio físico estable a su hijo, donde pueda continuar realizando sus actividades cotidianas como por ejemplo estudiar, comer, asearse, dormir, etc⁶².

Al espacio físico estable que lo progenitores compartían durante la convivencia se le conoce como “vivienda familiar”. Es importante establecer tanto en el convenio regulador (procedimiento de mutuo acuerdo) como en la sentencia que dicte el Juez (procedimiento contencioso) a qué progenitor se le atribuirá el uso de la vivienda familiar⁶³.

3.7.2 La atribución del uso de la vivienda familiar según el Código Civil Catalán.

Tradicionalmente, cuando se establecía un régimen de custodia exclusiva dicha cuestión no daba lugar a confusiones, ya que normalmente es el progenitor custodio el que goza de la atribución del uso del domicilio, el Juez acuerda el uso al cónyuge que tiene al menor bajo su guarda.

Pero ¿qué pasa cuando se designa la guarda y custodia compartida? Las legislaciones actuales no han querido imponer una regla general, entendemos que esta cuestión no puede ser regulada de forma rigurosa y se debe atender a las circunstancias de cada caso.

Al respecto, el legislador catalán ha dejado un margen de maniobra a los progenitores: les permite que sean ellos los que decidan quién debe disfrutar del uso de la vivienda familiar

⁶¹ Lathrop Gómez, Fabiola. *Custodia compartida de los hijos*. Op. Cit. Páginas 515-518.

⁶² Lathrop Gómez, Fabiola. *Custodia compartida de los hijos*. Op. Cit. Páginas 525-528.

⁶³ Gete-Alonso, María del Carmen; Solé Resina, Judith. *Custodia Compartida: Derechos de los hijos y de los padres*. Op. cit. Páginas 129.

estableciéndolo en el convenio regulador, y a falta de acuerdo será la autoridad judicial la que debe decidir a quién atribuir el uso de la vivienda.

En el libro II del Código Civil Catalán encontramos regulada la atribución del uso de la vivienda familiar, más concretamente, es en el artículo 233-20 CCCat donde el legislador atribuye a los progenitores la capacidad de decidir en el convenio regulador qué progenitor gozará del uso del domicilio, y en caso que ambos progenitores no lleguen a un acuerdo, será el Juez quien dictaminará el uso de la vivienda. Con la particularidad que si la guarda se ejerce de forma compartida, el Juez deberá atribuir el uso de la vivienda familiar al progenitor que más lo necesite⁶⁴.

Que se declare la guarda compartida no significa que ambos progenitores tengan la atribución del uso de la vivienda, el Juez puede decidir que uno de los progenitores en base al principio de mayor necesidad del artículo 233-20 CCCat adquiera su uso.

Según el apartado 5 de dicho artículo, como estamos ante un supuesto de guarda y custodia compartida, el uso de la vivienda familiar tendrá carácter temporal y susceptible de prórroga. Entendemos que, cuando cese la custodia también cesará el derecho de uso⁶⁵. Es posible que si las partes en el convenio han pactado que el uso de la vivienda habitual no tenga límite temporal el juez decreta su validez, según la jurisprudencia del TSJC⁶⁶.

Disponemos de mucha jurisprudencia sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, ya que es una cuestión que puede dar lugar a muchos conflictos entre progenitores porque normalmente ambos quieren agenciarse su uso. Analizándola, creemos importante recalcar que en el derecho de familia catalán el uso de la vivienda no se atribuye a los hijos sino que sólo puede atribuirse a los cónyuges/progenitores, en cambio en el derecho de familia español sí que cabe asignar el uso de la vivienda al menor junto con el progenitor⁶⁷. Son particularidades de formar parte de un estado plurilegislativo.

Las razones por las que se extingue el derecho de uso de la vivienda familiar se encuentran reguladas en el artículo 233-24 CCCat: El derecho de uso se extingue por diferentes motivos, entre ellos⁶⁸:

- Por las causas pactadas por los cónyuges.

⁶⁴ Art. 233-20 CCat.

⁶⁵ Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona 321/2014, de 14 de mayo de 2014.

⁶⁶ Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 32/2008, de 18 de setiembre de 2008.

⁶⁷ Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona 408/2013, de 30 de mayo de 2013.

⁶⁸ Art. 233-14 CCat.

- Si se atribuyó su uso por razón de la guarda de los hijos, cuando esta finalice.
- Si se atribuyó su uso por razón de necesidad de uno de los cónyuges:
 - Se extinguirá el derecho de uso cuando mejore su situación económica o por empeoramiento de la capacidad económica del otro.
 - Por matrimonio del cónyuge o convivencia marital que adquirió el uso con otra persona.
 - Por el fallecimiento del cónyuge beneficiario del uso.
 - Por el vencimiento del plazo.

Otro aspecto importante a destacar, es la situación en que uno de los progenitores adquiere el uso de la vivienda y posteriormente la comparte con su nueva pareja. Según la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona: *“La convivencia de la madre con un tercero en la vivienda familiar no extingue la atribución del uso si este se atribuyó por razón de los hijos⁶⁹”*.

La sentencia es tajante en indicar que si el uso de la vivienda familiar se adquirió por razón de los hijos, el derecho de uso no se extinguirá por convivencia marital tal y como especifica el artículo 233-24 CCCat, pero sí que cesaría su uso si se le hubiera atribuido por razón de necesidad.

Como podemos observar, la atribución del domicilio puede atribuírsele al progenitor que tenga mayor necesidad, al que se pacte en el convenio regulador, al que el Juez dicte o finalmente encontramos otra variable: el uso alternativo de la vivienda⁷⁰.

El uso alternativo de la vivienda es una posibilidad que puede adoptarse cuando se establezca un régimen de guarda y custodia compartida. En esta opción se atribuye el uso de la vivienda a cada progenitor durante el lapso de tiempo que tengan al menor a su cargo. Es necesario disponer de tres viviendas: la vivienda familiar y ambos domicilios individuales de cada progenitor, hecho que la hace que sea poco común y poco viable ya que tenemos en cuenta el desembolso económico que conlleva mantener las tres viviendas. La adopción del uso alternativo de la vivienda comportaría un respeto y comunicación máxima entre ambos progenitores y una estabilidad del domicilio por parte de los hijos.

⁶⁹ Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona 77/2012, de 14 de febrero de 2012.

⁷⁰ Roca Trías, Encarnación *et al.* *Crisis Matrimoniales*. Op. Cit. Páginas 27.

Según la sentencia de la AP de Girona el uso alternativo del domicilio sólo es adecuado en casos excepcionales, cuando se dé una estupenda relación entre ambos progenitores y no sea un foco de generación de problemas⁷¹. Puede pactarse en el convenio regulador llevar a cabo esta opción pero nunca puede imponerse por parte de la autoridad judicial⁷².

⁷¹ Sentencia Audiencia Provincial de Girona 211/2014, de 2 de julio de 2014.

⁷² Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona 569/2014, de 23 de julio de 2014.

4 Convenio Regulador del régimen de la guarda y custodia compartida.

En la ciudad de Tarragona, a 3 de mayo de 2016

REUNIDOS

Dña. TANIA ARIAS SILVENTE, mayor de edad, divorciada, con domicilio en Tarragona, Calle Hernández Sanahuja, núm. 14, y provista de D.N.I 47699251-B.

Y, D. JORGE GARCÍA RODRÍGUEZ, mayor de edad, divorciado de la anterior, con domicilio en Tarragona, Paseo Prim, núm. 15 y provisto de D.N.I 34567831-P.

Concurren ambos en su propio nombre y derecho y se reconocen mutuamente la capacidad legal necesaria para otorgar el presente **CONVENIO REGULADOR EN DIVORCIO DE MUTUO ACUERDO**, a cuyo efecto,

EXPONEN:

I

Que contrajeron matrimonio en Tarragona, el día 28 de marzo de 2002, hallándose inscrito en el Registro Civil de Tarragona.

II

Que de dicho matrimonio ha nacido y vive un hijo, llamado NICOLÁS GARCÍA ARIAS, nacido el 26 de junio de 2004, hallándose inscrito en el Registro civil de Tarragona.

III

Que en fecha de 3 de febrero de 2016 por el Juzgado de primera instancia nº1 de Tarragona se dictó la sentencia 17/2016 el divorcio de mutuo acuerdo de los comparecientes.

IV

Que los comparecientes han decidido de común acuerdo presentar ante el Juzgado demanda de divorcio y a este efecto suscriben la presente propuesta de convenio regulador que someterán a aprobación judicial y que regulará en un futuro determinadas relaciones de los comparecientes y de éstos con sus hijos, de acuerdo con lo que dispone el artículo

233-2 y 3, y concordantes del Código Civil de Cataluña (Ley 25/2010, de 29 de julio), de conformidad con las siguientes,

ESTIPULACIONES

PRIMERA.- Plan de parentalidad (artículo 233-9 del CCCat).

Ambos progenitores, en interés del menor, acuerdan fijar un **RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA**, que se detalla a continuación a través del presente **Plan de parentalidad**:

a) Decisiones relativas a la guarda y custodia del menor y al lugar en que el mismo residirá habitualmente (art. 233-9.2.a).

El hijo común, NICOLÁS, quedará bajo un régimen de guarda compartida entre ambos progenitores, residiendo en los domicilios indicados en el encabezamiento, según corresponda en cada momento.

La patria potestad será compartida, es decir, las funciones parentales de los padres con respecto de su hijo serán compartidas, debiendo ejercerse de forma conjunta siempre que sea posible y siempre que se trate de cuestiones de especial relevancia, como la elección del colegio, educación, actividades extraescolares, colonias, viajes, elección de asistencia sanitaria, cambio de domicilio, etc., de forma que toda decisión relativa a la vida del menor que exceda del mero ámbito de los actos de la vida ordinaria sea adoptada de común acuerdo, y en su defecto, por decisión judicial.

Las decisiones importantes que afecten al hijo común serán compartidas por ambos, sin perjuicio que en casos de gravedad o de urgencia sean tomadas por el progenitor a cuyo cuidado esté en ese momento, según su buen criterio y con obligación de comunicarlas al otro progenitor a la mayor brevedad posible.

En aquellas cuestiones de menor relevancia y cuando no pueden ser ejercidas conjuntamente, cada progenitor las ejercerá durante el tiempo que tenga la guarda. Si durante ese periodo ocurriera un hecho relevante en relación al hijo común, como enfermedad lo comunicará inmediatamente al otro progenitor.

b) Tareas de las que debe responsabilizarse cada progenitor en relación con las actividades ordinarias del menor (art. 233-9.2.b)

Cada progenitor se hará cargo, por sí mismo de las tareas ordinarias derivadas del cuidado del menor mientras lo tengan en su compañía, esto es, de las tareas domésticas, hábitos, higiene, deberes escolares, etc., así como de recogerlo mientras esté en su compañía.

Durante el ejercicio de la guarda y los periodos de estancia, cada progenitor puede tomar las decisiones cotidianas relativas al hijo mientras se encuentre en su compañía.

c) Forma en cómo deben efectuarse los cambios de guarda (art 233-9.2.c)

Las partes han acordado fijar un régimen de guarda y custodia compartida del hijo menor entre ambos progenitores, distribuir por semanas alternas, desde el domingo a las 20:00 horas hasta el domingo siguiente a las 20:00 horas. En cualquier caso, las horas y los días del régimen de guarda siempre puede modificarse previo mutuo acuerdo de los progenitores.

Asimismo, el progenitor al que no le corresponda la semana de guarda, podrá estar con el menor dos tardes intersemanales:

- La madre, disfrutará de la compañía del hijo común, durante la semana que corresponde la guarda al padre, de dos tardes, desde la salida del colegio o actividad extraescolar, hasta las 20 horas. A falta de acuerdo, serán las tardes de los lunes y miércoles.
- El padre, disfrutará de la compañía del hijo común, durante la semana que corresponde la guarda a la madre, de dos tardes, desde la salida del colegio o actividad extraescolar, hasta las 20 horas. A falta de acuerdo, serán las tardes de los martes y jueves.

Al haber acordado la guarda y custodia compartida, ambos progenitores pactan que las entregas y recogida del menor, NICOLÁS, las hará el progenitor al que le corresponda el periodo de guarda, bien a la salida del centro escolar o actividad extraescolar, bien en el domicilio del otro progenitor, según esté establecido o se acuerde en cada momento.

d) Régimen de relación y de comunicaciones con el hijo durante los periodos en que un progenitor no lo tenga con él (art. 233-9.2.d)

Los progenitores están obligados y se comprometen a comunicarse cualquier cambio de domicilio o de teléfono con el fin de que la otra parte pueda mantener el contacto necesario en relación al hijo que tienen en común.

El progenitor con quien no esté el hijo podrá comunicarse con él por cualquier medio, siempre que lo considere oportuno, sin alterar los horarios del menor y respetando su descanso y el del otro progenitor.

e) Régimen de estancias del hijo con cada uno de los progenitores en periodos festivos, de vacaciones y fechas especialmente señaladas para él (art 233-9.2.e).

Con independencia del progenitor a quien pueda corresponder la guarda y custodia en cada momento, las vacaciones escolares se repartirán por mitad entre ambos. A falta de acuerdo, cada progenitor podrá estar con el menor los siguientes periodos durante las vacaciones escolares:

1. **Vacaciones de semana santa:** se establece que las vacaciones de semana santa se repartirán entre ambos progenitores por mitad.
2. **Vacaciones de verano:** acuerdan los progenitores que las vacaciones veraniegas se repartirán por mitad, en los meses de julio y agosto, repartiéndolos por quincenas alternas.
 - **Primer turno de verano:**
 - Del 1 de julio hasta el 16 de julio.
 - Del 1 de agosto hasta el 16 de agosto.
 - **Segundo turno de verano:**
 - Desde el 16 de julio al 1 de agosto
 - Desde el 16 de agosto al 31 de agosto

Los días de vacaciones escolares en junio y septiembre se regirán por el sistema ordinario de semanas alternas.

Los años pares el menor estará con el padre el primer periodo, y con la madre el segundo periodo; y a la inversa, los años impares estará con la madre el primer periodo y con el padre el segundo periodo.

3. **Vacaciones escolares de navidad:** se establece que las vacaciones de navidad se repartirán entre ambos progenitores en dos periodos:

- **Primer periodo:** desde el último día escolar hasta el día 30 de diciembre
- **Segundo periodo:** desde el día 30 de diciembre hasta el día anterior al de inicio de las clases.

Los años pares el menor estará con el padre el primer periodo, y con la madre el segundo periodo; y los años impares estará con la madre el primer periodo y con el padre el segundo periodo.

4. **Otros:** hasta que el menor cumpla los 16 años de edad, los progenitores tienen la obligación de comunicarse si el menor sale de la Comunidad Autónoma de Cataluña, a fin de que el otro progenitor conozca en todo momento el paradero de NICOLÁS. Asimismo, hasta que cumpla los 16 años de edad, se precisará el consentimiento por escrito de ambos progenitores para poder salir del territorio nacional.

f) Decisiones relativas a la educación y a las actividades extraescolares y formativas (art 233-9-2.f)

NICOLÁS asiste al colegio “Lestonnac L’ensenyança”, estando ambos progenitores de acuerdo, y en la actualidad realiza como actividades extraescolares Fútbol.

En todo caso, se requiere acuerdo de los padres para inscribir al menor en otra actividad extraescolar.

Acuerdan que el menor será empadronado en el domicilio de la madre. El empadronamiento del menor sólo podrá modificarse con el consentimiento de ambos progenitores.

g) Deberes de información y consulta entre progenitores en relación con el hijo común (art 233-9-2.g)

Cada progenitor deberá informar al otro de cualquier aspecto relacionado con la salud, educación y ocio. Se deberá informar de forma inmediata si tienen conocimiento de alguna enfermedad, accidente, etc.

h) Decisiones relativas al cambio de domicilio (art 233-9.2.h)

Cada progenitor deberá comunicar a otro, con un preaviso mínimo de 30 días su intención de cambiar de domicilio.

SEGUNDA.- Contribución de los progenitores a las cargas familiares:

En concepto de pensión de alimentos para Nicolás, el padre tendrá que satisfacer el importe de 90€ mensuales, cantidad que entregará a la madre ingresándolo en su número de cuenta.

Respecto a la ropa del menor cada progenitor tiene que poseer en su domicilio la ropa y calzado necesario.

Los gastos escolares del hijo (uniforme, matricula, libros, etc) se pagaran por mitad por ambos progenitores.

La actividad extraescolar del menor (futbol) será satisfecha por mitad por cada progenitor.

Los gastos extraordinarios de carácter médico (ortodoncia, gafas, etc.) serán satisfechos por la mitad por ambos progenitores, crearan una cuenta bancaria con titularidad común y de carácter mancomunada. En dicha cuenta bancaria ingresaran cada uno de ellos la mitad del importe dentro de los 5 primeros días del mes.

Y en prueba de conformidad y aceptación, firman,

Tarragona, 03 de mayo de 2016

Conclusiones

PRIMERA.- Escasa regulación de la guarda y custodia compartida en el Código Civil.

En cuanto a la normativa española queremos destacar la escasa regulación de la guarda y custodia compartida en el Código Civil español, no cumple con las aspiraciones que se extraen del preámbulo donde refleja el cambio de la sociedad en cuanto a la estructura de las familias tradicionales y su objetivo de equilibrar las tareas del cuidado del menor entre ambos progenitores. El legislador español dota a dicha figura de un carácter excepcional, es en el artículo 92 CC donde el legislador difiere de la exposición de motivos, ya que sólo podrá pronunciarse a favor de esta modalidad cuando ambos progenitores lo acuerden o excepcionalmente, cuando una de las partes lo pida.

Reiteramos la necesidad de una reforma del precepto legal, ya que limita la actuación del Juez, la imposibilidad de escoger como régimen la guarda y custodia compartida si las partes no lo solicitan, incurriendo en el incumplimiento del *principio favor filii* y dictando otro régimen de guarda y custodia que podría ser más perjudicial para el menor.

SEGUNDA.- Promoción de la custodia compartida en el libro II del Código Civil Catalán.

En cuanto a la normativa catalana, el legislador catalán ha optado por promover la aplicación de la custodia compartida en nuestra Comunidad autónoma, cierto es que no se dota de carácter preferencial como a nuestro parecer sería lo más adecuado, ya que el hecho de que esta figura fuera preferente no la convierte en una modalidad de aplicación automática, pero sí encontramos en ella una intención de potenciar que las responsabilidades parentales se lleven en la medida de lo posible de forma conjunta, dejando entrever que la determinación de la custodia compartida podría ser más beneficiosa que la custodia exclusiva.

TERCERA.- Principio del interés superior del menor.

Uno de los aspectos más importantes que se deben tener en cuenta a la hora de adoptar medidas que puedan afectar a menores, es la correcta aplicación del principio del interés superior del menor. Es un principio inspirador del ordenamiento jurídico español que debe imperar siempre sobre los intereses que puedan tener los propios progenitores. Tras la crisis matrimonial se crea una nueva situación familiar que debe ser regulada, ante todas las medidas posibles que deben adoptarse siempre tendrá que aplicarse la más beneficiosa para el menor.

CUARTA.- Escasa regulación del reparto del tiempo en la custodia compartida.

Referente al reparto del tiempo, es sorprendente que no haya regulación sobre este aspecto, cierto es que no puede haber un precepto legal que regule el reparto del tiempo de forma estricta ya que debe atenderse al caso concreto, pero reivindicamos la redacción de un artículo que fije unos criterios objetivos sobre ello. Cabe destacar, que gracias a la jurisprudencia podemos extraer como pauta para determinar el reparto del tiempo la edad del menor.

Puntualizar que el reparto del tiempo entre progenitores en la custodia compartida no implica que los lapsos de tiempo sean exactamente iguales sino que deben ser equitativos.

QUINTA.- La pensión de alimentos y la atribución del uso de la vivienda familiar.

Pensar que ante una guarda y custodia compartida no cabe imponer una pensión de alimentos o la atribución del uso de la vivienda familiar a un solo progenitor es incurrir en el error. Posiblemente por la falta de regulación de aspectos como este afirman que como ambos progenitores se encargan del cuidado de los hijos menores del mismo modo no es coherente la obligación de prestar alimentos por uno de los progenitores, como pasa en la custodia exclusiva por parte del progenitor no custodio. Esta afirmación es falsa, en el artículo 233-10.3 CCCat el legislador ha querido puntualizar que la forma de ejercer la guarda no altera la obligación de alimentos hacia los menores, cabe la posibilidad de que uno de los progenitores tenga mayor capacidad económica que el otro y se vea obligado a contribuir en los gastos cotidianos del menor cuando se encuentra en compañía del otro.

SEXTA.- Esfera personal de la custodia compartida.

Por lo que concierna a la esfera personal, uno de los requisitos para la aplicación de la custodia compartida es la comunicación entre ambos progenitores. Es totalmente comprensible que tras una ruptura matrimonial o de la convivencia la pareja quiera distanciarse el uno del otro y muchas veces ni siquiera quieran en un primer momento mantener una relación cordial, pero lo único necesario es que se mantenga una mínima comunicación entre ambos con el fin de mantenerse al día en el correcto desarrollo del menor. Puesto es, que el hecho de que exista una mala relación entre ellos no tendría que ser un impedimento para la aplicación de la custodia compartida, ya que solo debería existir una mínima comunicación entre los padres sin necesidad de excelentes relaciones entre ambos.

SÉPTIMA.- Las relaciones entre padres e hijos.

Entre algunos beneficios de otorgar una custodia compartida, señalar que es uno de los mejores remedios para salvaguardar las relaciones de los menores con ambos progenitores. Se crea una situación similar a la que están acostumbrados, ya que la única diferencia es que los padres no conviven juntos en el domicilio familiar, es el mejor método para promover el acercamiento de relaciones entre padres e hijos, ya que aunque la relación conyugal haya finalizado no tiene que propagarse la situación a los menores.

OCTAVA.- Actuación en beneficio de los menores.

Así, ambos progenitores y en su defecto el juez, determinaran que modalidad de custodia compartida se adapta mejor a la nueva situación tras la ruptura de pareja, siempre y cuando sean capaces de imponer el beneficio de sus hijos ante sus propios intereses individuales.

Bibliografía

- BOE-A-1990-31312. *Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 20 de noviembre de 1989.*
- BOE-A-1889-4763. *Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.*
- BOE-A-2011-7329. *Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.*
- BOE-A-2010-13312. *Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.*
- *Conclusiones del IV encuentro de magistrados y jueces de familia y asociaciones de abogados de familia* [En línea]. Valencia: octubre de 2009 [Fecha de consulta: 17-04-2016] [Acceso gratuito] < <http://www.icasv-bilbao.com/images/comisiones/ConclusionesFamiliaValencia.pdf> >
- Echevarría Guevara, Karen Lisette. *La guarda y custodia compartida de los hijos*. Orozco Pardo, Guillermo. Tesis doctoral inédita. Universidad de Granada. Granada, 2011.
- Gete-Alonso, María del Carmen; Solé Resina, Judith. *Custodia Compartida: Derechos de los hijos y de los padres*. Primera Edición. Pamplona: Editorial Aranzadi, SA, 2015.
- Lathrop Gómez, Fabiola. *Custodia compartida de los hijos*. Madrid: Editorial LA LEY, 2008.

- Ortuño Muñoz, Pascual: *“El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial”*. Segunda Edición. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006.
- Pinto Andrade, Cristóbal. *La custodia compartida*. Barcelona: Editorial Bosch S.A, 2009.
- Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española* (23.^a edición). Madrid: Espasa, 2014.
- Roca Trías, Encarnación et al. *Crisis Matrimoniales*. 2^a Edición. Madrid: Memento Experto, 2014.
- Soler, Concepción, Aragón, Virginia, Marín, Catalina, de la Peña, Sebastián, García, M.^a Dolores, Alemán, Carmen, Catalán, M.^a José, Matas, Ana M.^a, Begoña García, M.^a. *La custodia compartida: concepto, extensión y bondad de su puesta en escena. debate entre psicología y derecho*. Anuario de Psicología Jurídica, 2007: [Fecha de consulta: 11 de abril de 2016] <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=315024768008>
- Villán Criado, Ildelfonso. *Tablas orientadoras para determinar las pensiones alimenticias de los hijos en los procesos de familia* [En línea]. Madrid: 2013 [Fecha de consulta: 05-04-2016] [Acceso gratuito] < <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Utilidades/Calculo-de-pensiones-alimenticias/> >

Jurisprudencia

- Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona 629/2007, de 20 de febrero de 2007.
- Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 32/2008, de 18 de setiembre de 2008.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de octubre del 2009, recurso 2009/234619.
- Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona 77/2012, de 14 de febrero de 2012.
- Sentencia del Tribunal Constitucional nº 185/2012, de 17 de octubre de 2012.
- Sentencia nº 257/2013, del 29 de abril de 2013 del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil.
- Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona 408/2013, de 30 de mayo de 2013.
- Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona 321/2014, de 14 de mayo de 2014.
- Sentencia Audiencia Provincial de Girona 211/2014, de 2 de julio de 2014.
- Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona 569/2014, de 23 de julio de 2014.