

CUSTODIA MONOPARENTAL CON RÉGIMEN DE VISITAS
AMPLIO *VERSUS* CUSTODIA COMPARTIDA. MÁS ALLÁ DEL
NOMEN*

*SINGLE PARENT CUSTODY WITH BROAD VISITING REGIME
VERSUS SHARED CUSTODY. BEYOND A OF THE NOMEN*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1400-1433

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación “La modernización del Derecho de Familia a través de la práctica jurisprudencial” (AICO/2021/090), financiado por la Conselleria d’Innovació, Universitats, Ciència i Societat Digital, de la Generalitat Valenciana, del que es Investigador Principal el profesor José Ramón de Verda y Beamonte.



Marta ORDÁS
ALONSO

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de septiembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: El presente trabajo pone de manifiesto el importante número de supuestos en que se establece un régimen de custodia monoparental con un régimen de visitas que iguala los tiempos entre progenitores y las consecuencias que ello tiene en materia de vivienda y alimentos.

PALABRAS CLAVE: Custodia monoparental; custodia compartida.

ABSTRACT: *The present work highlights the important number of cases in which a single-parent custody regime is established with a visitation regime that equalizes the time between parents and the consequences that derive from it.*

KEY WORDS: *Single parent custody; shared custody.*

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO.- II. EL DERECHO DE VISITAS.- I. Su plasmación legal y fundamento.- 2. La difícil concreción del régimen de visitas.- 3. El progresivo incremento del régimen de visitas “normalizado”.- III. LA PÉRDIDA DEL CARÁCTER “EXCEPCIONAL” DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.- IV. LA IGUALACIÓN DEL TIEMPO QUE AMBOS PROGENITORES PASAN EN COMPAÑÍA DE SUS HIJOS. LA NEGATIVA AL RECONOCIMIENTO DE UNA CUSTODIA COMPARTIDA EN ESTOS CASOS.

I. PLANTEAMIENTO.

El presente trabajo no tiene otro objeto que llamar la atención sobre el importante número de supuestos en los cuales, habiendo sido solicitada una guarda y custodia compartida, esta es denegada por el juzgador pese a reconocer la idoneidad de ambos progenitores para hacerse cargo de sus hijos, estableciendo un régimen de visitas que iguala el tiempo en que ambos padres estarán en compañía de los mismos. Supuestos en los que, interpuesto recurso de casación, este es desestimado alegando que su única finalidad es cambiar la denominación del régimen de custodia.

II. EL DERECHO DE VISITAS.

I. Su plasmación legal y fundamento.

Existe una pluralidad de normas, nacionales e internacionales, que reconocen el derecho de los progenitores a mantener relaciones con sus hijos comunes, particularmente en supuestos de ruptura familiar. En el ámbito internacional merecen ser destacados el art. 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño y, a nivel europeo, la Exposición de Motivos de la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 21 de enero de 1998, R(98), sobre mediación familiar, el art. 14 de la Carta Europea de los derechos del niño y el art. 24.3 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea. En todos ellos se reconoce el derecho del niño que está separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de modo regular, salvo si ello es contrario a su interés superior. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, interpretando el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ha insistido en declarar que para un progenitor y su hijo estar juntos representa un elemento esencial de la vida familiar¹.

¹ STEDH Caso Olsson contra Suecia de 24 marzo 1988, STEDH Caso Buscemi contra Italia de 16 septiembre 1999, STEDH (Sección 3ª) Caso Gnahore contra Francia de 19 septiembre 2000, STEDH (Sección 2ª) Caso

• **Marta Ordás Alonso**

Catedrática de Derecho Civil, Universidad de León. Correo electrónico: marta.ordas.alonso@unileon.es

Con carácter general, el art. 39 CE establece que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos e impone a los padres el deber de asistencia de todo orden a los mismos durante su minoría de edad y en los demás casos que en derecho proceda.

La plasmación legal del derecho de visitas en el ordenamiento jurídico español es fruto de la reforma del Código Civil efectuada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, en vigor desde el 8 de junio de 1981, que introdujo el art. 161 entre los preceptos reguladores de la patria potestad, estableciendo en su primer párrafo que “el padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro de manera plena o conforme a lo dispuesto en resolución judicial”. Artículo 161 que, tras la reforma efectuada por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, cambió de numeración convirtiéndose en el art. 160. Conforme a la redacción vigente, fruto de la entrada en vigor de la Ley 26/2015 de 28 de julio, los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores aunque éstos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos en el artículo 161.

La Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio da nueva redacción a los arts. 90, 94 y 103 CC. En concreto, en la redacción vigente en el momento de concluir este trabajo, el art. 90 CC recoge entre los contenidos que debe contener “al menos” el convenio regulador, la determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos. Por su parte, el art. 94 establece que la autoridad judicial determinará el tiempo, modo y lugar en que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores podrá ejercitar el derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. Derecho que la autoridad judicial podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial. Por último, a tenor de lo establecido en el art. 103, admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, determinará, con audiencia de éstos, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar

Venema y Venema-Huiting contra Países Bajos de 17 diciembre 2002, STEDH (Sección 2ª) Caso Errico contra Italia de 24 febrero 2009, STEDH (Sección 3ª) Caso R.M.S. contra España de 18 junio 2013, STEDH (Sección 2ª) Caso Z.J. contra Lituania de 29 abril 2014.

las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y, en particular, la forma en que el cónyuge apartado de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía².

Por su parte, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, establece, entre los principios rectores de la actuación de los poderes públicos, el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés. Lo que se refuerza con la nueva redacción dada al art. 2.2.c) según el cual se priorizará como adecuado a la protección del interés primordial del menor la preservación del mantenimiento de sus relaciones familiares.

Difícilmente se puede describir mejor la importancia que para los menores tiene el hecho de mantener relaciones con el progenitor con el que no conviven que como lo hace la SAP de Barcelona (Sección 18ª) núm.. 513/2018 de 12 julio a cuyo tenor “corresponde a los adultos, a los titulares de la potestad en tanto que tales, proteger en todos los aspectos a los hijos, en especial a los menores de edad. La protección no reside tan sólo en las cuestiones materiales, en el cuidado por su alimentación, formación o salud física. También y muy especialmente, en proporcionarles una infancia saludable desde el punto de vista emocional, minimizando aquellos problemas que no esté en su mano resolver y del que no son en absoluto responsables. Los hijos necesitan, en el armónico desarrollo de su personalidad y en el proceso de adquisición de autonomía y especialmente de autoestima y seguridad, admirar y reconocerse en lo mejor de cada uno de sus progenitores, tanto el padre como la madre. En la tarea de resaltar esas facetas positivas de la personalidad de cada uno es indudable que tiene un papel importantísimo el mensaje que cada progenitor le envía al hijo respecto del progenitor contrario. Ayudándole a respetar al otro el niño aprende también no sólo a respetar a ambos progenitores, sino lo que es más importante, esencial, a respetarse a sí mismo a valorar sus aspectos positivos y a comprender los que lo son menos. Aprende a quererse, a aceptarse y a confiar en si mismo y en los demás. De forma saludable, positiva y preparándose para un futuro en el que habrá de enfrentarse a toda clase de situaciones. Es este el momento de dotarle de las cualidades que serán precisas para ello. Involucrar a los menores sea en el conflicto de pareja, sea en las dificultades propias de cada uno de los progenitores, (problemas de salud, económicos, sentimentales,) no les va a hacer más fuertes sino más frágiles, aumentando su tristeza como los informes técnicos y escolares se encargan de poner en relieve. Corresponde pues a ambos progenitores

2 Para profundizar vid. ORDÁS ALONSO, M.: *El régimen de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*, Bosch, Barcelona, 2019.

preservar a los hijos de los conflictos, aunque sea una tarea difícil y dolorosa, que desde luego el bienestar final de los menores compensa sobradamente. [...] Los hijos para crecer seguros, han de sentirse arropados por ambos progenitores. Los padres han de permitirse mutuamente, con generosidad, disfrutar de la compañía de los hijos e incluso compartir buenos momentos, con independencia de las nuevas relaciones familiares que puedan y tengan derecho a establecer”.

En ningún caso, como insiste la jurisprudencia menor, el derecho de visitas puede constituir una excusa a través de la cual se proyecten las tensiones, enemistades y discrepancias entre los padres, puesto que su fin no es otro que el de facilitar de manera real y posible los contactos entre el progenitor no custodio y sus hijos. Su finalidad es cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los menores, fomentar las relaciones paterno o materno filiales y mantener latente la corriente afectiva padres-hijos, pese a la separación o divorcio, procurando que a los menores no les afecte gravemente la crisis matrimonial. El interés de los menores ha de ser especialmente protegido con el fin de evitar que sufran otros daños que los ya graves, por sí solos, de la falta de la presencia en su vida cotidiana de ambos ascendientes, debiendo, en consecuencia, procurarse unos contactos lo más extensos y profundos posibles con el progenitor que no ostente su custodia³. Por extenso, “el régimen de visitas de los hijos con cada uno de los progenitores no debe entenderse como un compendio de derechos y obligaciones monolítico, ni ha de servir, pervirtiendo su finalidad, en una excusa o motivo para aflorar las tensiones y discrepancias de los padres y de los integrantes en el entorno familiar. Al contrario, el fin perseguido no es otro que el de facilitar a los hijos el contacto con su padre o madre natural, intentando, en la medida de lo posible, que no se produzca un desarraigo con el que no lo tiene habitualmente, procurando, con las peculiaridades inherentes a la situación surgida con la separación física de los padres, que no se produzcan carencias afectivas y formativas, de modo que pueda favorecerse con un desarrollo integral de su personalidad. Este objetivo es el que, verdaderamente, ha de presidir la actuación de ambos progenitores en relación con las medidas de guarda y custodia, así como el régimen de visitas y estancias con uno u otro, por ello debe recomendarse que lo ejerzan con generosidad, adaptándose a las necesidades y deseos de los sus hijos, con la mira puesta en su beneficio”⁴.

3 Entre las más recientes, SAP de Madrid (Sección 22ª) núm. 3/2019 de 11 enero, SAP de Madrid (Sección 22ª) núm. 99/2019 de 5 febrero, SAP de Madrid (Sección 22ª) núm. 224/2019 de 12 marzo, de Madrid (Sección 22ª) núm. 284/2019 de 29 marzo, SAP de Madrid (Sección 22ª) núm. 509/2019 de 5 junio, SAP de Madrid (Sección 22ª) núm. 516/2019 de 7 junio, SAP de Madrid (Sección 22ª) núm. 523/2019 de 11 junio, SAP de Madrid (Sección 22ª) núm. 849/2020 de 13 noviembre, SAP La Rioja (Sección 1ª) núm. 43/2021 de 5 febrero, SAP de Madrid (Sección 22ª) núm. 510/2021 de 4 mayo, SAP de Madrid (Sección 22ª) núm. 585/2021 de 28 mayo.

4 SAP de Barcelona (Sección 12ª) núm. 278/2009 de 30 abril, SAP de Málaga (Sección 6ª) núm.165/2016 de 15 marzo, SAP de Valencia (Sección 10ª) núm. 917/2016 de 12 diciembre. Lamentablemente la práctica demuestra que en un número nada desdeñable de supuestos tales palabras no pasan de ser un mero *desideratum*, llamando la atención la frecuencia con la que los padres, en los procesos de separación,

2. La difícil concreción del régimen de visitas.

La determinación del tiempo, modo y lugar en que han de desarrollarse las visitas, teniendo siempre como guía el beneficio del menor, constituye una tarea harto dificultosa pues la adopción de un régimen de visitas debe tener necesariamente carácter individualizado, que requiere atender a muy diversos factores, entre los que cabe destacar la edad de los menores, las necesidades afectivas y de todo orden de los mismos, sus costumbres, hábitos, exigencias y responsabilidades escolares, el padecimiento de determinadas enfermedades, sus relaciones con el progenitor no custodio, las condiciones y cualidades de este para atenderlos, las vacaciones que disfruten, la distancia entre localidades, y un largo etcétera⁵.

El art. 90.1.a CC recoge como contenido imprescindible del convenio regulador, siempre que fuera aplicable, 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.

Convenio regulador que será aprobado por el Juez salvo si es dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges. En este sentido, deberá el juez comprobar la existencia de verdadero consentimiento, no en vano las medidas relativas a los hijos acostumbran a ser moneda de cambio en los procesos de nulidad, separación y divorcio, no resultando extraño que se renuncie a la custodia o a un régimen de visitas más amplio a cambio de otras concesiones (en materia alimenticia, de pensión compensatoria, etc.) en el marco del convenio regulador. En todo caso, no sería válido el acuerdo por el que uno de los cónyuges renuncie a mantener relaciones con el hijo a cambio de no pagar

divorcio o medidas paterno-filiales, utilizan el régimen de relaciones con los hijos como arma arrojadiza, bien sea como instrumento de presión para lograr del progenitor que no ejerce la guarda y custodia ciertas concesiones de contenido económico, bien sea con la única intención de causar al otro cuanto más daño mejor, prescindiendo por completo del bienestar del menor, menor que no hay que olvidar es su propio hijo. Un ejemplo de hasta qué punto esto es así viene representado por los hechos que se sitúan en la base de la SAP de Guadalajara (Sección 1ª) núm. 129/2016 de 29 julio a cuyo tenor “debe indicarse que, examinadas las actuaciones y atendiendo al horario de trabajo de ambos progenitores, no sería nada difícil establecer un régimen de custodia y visitas entre los progenitores amplio y adaptado a sus actividades laborales, complementándose, siendo lamentable y reprochable la falta de flexibilidad demostrada por ambos progenitores durante todo el proceso de divorcio en relación con el menor, olvidando que el único perjudicado es éste último. El informe pericial psicológico elaborado es muy claro al respecto, señalando expresamente que “el conflicto entre los progenitores está incidiendo de manera directa y negativa en el menor y en la adaptación del mismo a la situación familiar”. Igualmente de desproporcionado resulta que el padre insista en que se establezca un horario de recogida del menor en el que él no tiene disponibilidad para ello ni apoyo familiar, o en una interpretación estricta de los términos de la sentencia, o que comunique al menor, y no a la madre, la imposibilidad de recogerle; como que la madre obstaculice el establecimiento de un régimen de visitas a favor del padre más amplio cuando ella, un día de cada ocho trabaja de noche, teniendo que dejar al menor a cargo de terceras personas cuando podría estar con el otro progenitor, e incluso solicite la reducción del horario de visitas establecido a favor del padre cuando en alguno de esos días ella ni siquiera está en el domicilio por estar trabajando”.

- 5 Dificultad que queda claramente puesta de manifiesto en la SAP de Barcelona (Sección 12ª) núm. 668/2015 de 21 octubre.

pensión compensatoria o a cambio de la atribución del uso de la vivienda familiar dado su carácter irrenunciable.

Estos supuestos al margen, la autoridad judicial deberá examinar si el convenio respeta la normativa existente en materia de protección del menor, el principio de procurar no separar a los hermanos (art. 92.5 CC), que no exista discriminación entre los hijos, que se garantice un adecuado desarrollo de su personalidad, etc.⁶.

Por otro lado, no reunirá los requisitos que el art. 90 CC exige y no será, por tanto, verdadero convenio regulador aquel que aluda de forma tan inconcreta y abierta al régimen de visita que no resuelva los conflictos de intereses reales o previsibles, o al menos brinde soluciones acordadas para ello, relativos a aquellos extremos⁷.

En defecto de acuerdo de los progenitores o cuando este no es aprobado, el juez dispone de una gran discrecionalidad a la hora de concretar el régimen de visitas pero teniendo siempre como horizonte el interés del menor. Tal interés, en palabras de la jurisprudencia, dado su carácter genérico y difuso, debe materializarse y determinarse a través de una valoración judicial que debe tener como límites: la racionalidad en la apreciación de los hechos y la protección del bienestar espiritual

6 La SAP de Barcelona (Sección 12ª) núm. 703/2016 de 6 octubre deja entrever su perplejidad por el hecho de que un convenio regulador en el que, sin motivo que lo justificara, se establece un régimen de visitas sumamente restrictivo fuera aprobado por el juez y el Ministerio Fiscal no tuviera nada que decir. Afirma la Sala: "no puede compartirse el criterio del Juez *a quo* ya que cuando el objeto del proceso son las relaciones personales entre padre e hijos menores de edad debe atenderse por encima de cualquier otra consideración e incluso de los pactos entre los padres, al interés de los menores y, desde luego, bien parece que no lo es el de no poder ver a su progenitor más que tres horas semanales y sólo durante el período escolar; es cierto que fue lo pactado por las partes cinco meses antes de solicitarse la modificación que ahora nos ocupa, pero pactaron sin que en el convenio conste justificación ni explicación alguna para ello y no puede olvidarse que el artículo 233-3 del Código Civil de Cataluña indica que los pactos adoptados en convenio regulador han de ser aprobados por la autoridad judicial, salvo los puntos que no sean conformes con el interés de los hijos menores; y el artículo 777.4 de la LEC permite en los procesos de mutuo acuerdo que el juez o tribunal pueda practicar la prueba que considere necesaria para acreditar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil y para apreciar la procedencia de aprobar la propuesta de convenio regulador; en consecuencia resulta cuando menos sorprendente que con un convenio regulador como el del 8 de noviembre de 2013 ni el Ministerio Fiscal ni la Juez firmante de la sentencia de divorcio considerasen preciso averiguar las razones de tanta limitación en la relación paterno-filial llevando a cabo una ampliación de la ratificación o una comparecencia de las partes al efecto o incluso la exploración de los menores; se trata de un convenio que sólo podía aprobarse motivando las razones por las que el alejamiento de su padre resultaba de interés para los menores. Por otro lado, del visionado del interrogatorio de los progenitores se puede apreciar que el padre, escudándose en su falta de vehículo y en las dificultades de transporte público en la zona, adoptó una postura cómoda de no complicarse demasiado la vida a la hora de intentar ver a sus hijos, lo cual es muy criticable, pero también lo es que la madre de forma unilateral cambiara de domicilio a un lugar especialmente dificultoso para el padre sin convenir previamente con él la forma en que iban a solucionar la gestión de la relación paterno-filial; por otro lado, se aprecia en la madre una postura de apropiación de los hijos de todo punto inapropiada, no dejando que tengan ninguna relación con los abuelos paternos porque ella se lleva mal con ellos y repitiendo términos tales como "yo le dejo a los niños" o "no le dejé a los niños" cuando los hijos no son propiedad de los progenitores sino una responsabilidad conjunta de ambos y precisan de la intervención de los dos para alcanzar un correcto desarrollo emocional y personal salvo que existan, como hemos dicho, razones de peso para limitar o suprimir dicha relación que, en el presente proceso, no se han puesto de manifiesto". En consecuencia, estima el recurso de apelación y acuerda un régimen de acercamiento progresivo.

7 RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El derecho de visita*, 1997, p. 227.

y material del menor; atribuyéndose por ello al Juzgador amplias facultades discrecionales para fijar el régimen de comunicación, convivencia y visitas, así como para resolver en cada caso y momento concreto lo más conveniente para el menor; siempre de manera eventual y nunca definitiva, precisamente para poder modificar la solución acordada según las cambiantes circunstancias, el modo y manera en que vayan evolucionando las relaciones parentales en virtud de la gran plasticidad de las actividades y comportamiento del ser humano, características de una realidad más rica que cualquier elucubración jurídica, a la que el Juzgador debe procurar dar la solución más idónea y proporcionada a los intereses puestos en juego, sobremanera el mantenimiento de la relación efectiva con ambos progenitores, evitando al menor los evidentes perjuicios que de su falta se derivarían para el logro de un adecuado desarrollo de su personalidad⁸.

De este modo, el interés del menor que ha de servir de guía y norte al juzgador impide que la discrecionalidad que el legislador concede al juez se transforme en arbitrariedad pues, a la hora de establecer o no un régimen de visitas, determinar el tiempo, modo y lugar de su ejercicio, su modificación, imponer restricciones al mismo e incluso suspenderlo, habrá de tomar en consideración cuantas circunstancias concurren y revelen cuál sea el interés del menor, interés que es el de prioritaria protección y debe, sin duda alguna, quedar convenientemente tutelado. Entre estos factores que han de ser tenidos en consideración cabe destacar, entre otros, la edad de los menores, las necesidades afectivas y de todo orden de los mismos, sus costumbres, hábitos, exigencias y responsabilidades escolares, sus relaciones con el progenitor no custodio, las condiciones y cualidades de este para atenderlos, las vacaciones que disfruten, la localidad donde se celebren las visitas y las estancias, la distancia entre localidades, etc.⁹. Sin olvidar que el régimen de visitas debe ser necesariamente individualizado.

El interés del menor en ocasiones no resultará fácil de valorar por la autoridad judicial por lo que, con muchísima frecuencia, recurre a informes de expertos que analicen cómo, cuándo y de qué manera el establecimiento de un régimen de visitas influye de manera positiva en el menor. En este sentido, se afirma que el informe pericial judicial psicosocial se configura, por su rigor técnico, objetividad e imparcialidad, como el soporte probatorio idóneo para dirimir la controversia entre los progenitores sobre el alcance del régimen de visitas, estancias y

8 SAP de Madrid (Sección 24ª) núm. 825/2015 de 9 octubre, SAP de Madrid (Sección 22ª) núm. 918/2015 de 30 octubre, SAP de Madrid (Sección 22ª) núm. 1031/2015 de 4 diciembre, SAP de Madrid (Sección 22ª) núm. 745/2016 de 18 octubre, SAP de Las Palmas (Sección 3ª) núm. 369/2017 de 27 junio, SAP de La Rioja (Sección 1ª) núm. 167/2017 de 17 octubre, SAP de Granada (Sección 5ª) núm. 140/2018 de 13 abril, AAP de La Rioja (Sección 1ª) núm. 32/2018 de 13 marzo, SAP de Madrid (Sección 22ª) núm. 254/2019 de 22 marzo, SAP de Madrid (Sección 22ª) núm. 328/2019 de 9 abril, AAP de Salamanca (Sección Única) núm. 35/2000 de 30 marzo, SAP de Madrid (Sección 22ª) núm. 1200/2020 de 23 diciembre, SAP de Madrid (Sección 22ª) núm. 573/2021 de 21 mayo, SAP de Madrid (Sección 22ª) núm. 618/2021 de 4 junio.

9 SAP de Ciudad Real (Sección 2ª) núm. 86/2019 de 13 marzo.

comunicaciones del hijo menor con el progenitor que no ostenta su guarda y custodia, sobre todo cuando existe algún tipo de circunstancia que demanda su limitación o restricción en garantía del bienestar del menor¹⁰. Sin llegar a tanto, es cierto que “cuando se emiten, estos informes constituyen un medio de prueba relevante que hay que valorar, pero su contenido, ciertamente importante, no puede ser sin embargo elevado a una categoría cuasivinculante, pues si así fuera, sobraría el juez”¹¹. En consecuencia, si bien deben ser valorados por la autoridad judicial, no son en modo alguno vinculantes a la hora de adoptar la decisión más adecuada para el interés del menor¹².

Por otro lado, el régimen de visitas debe ser razonable, sobre todo, factible pues de lo contrario se traducirá en incumplimientos y en un notable incremento de los conflictos con él relacionados. No tiene sentido contemplar visitas intersemanales si los domicilios de ambos progenitores están localizados a muchos kilómetros de distancia, o establecer estas visitas intersemanales desde la salida del colegio si el padre que debe disfrutar de la compañía del hijo tiene un horario laboral de tarde.

Para concluir, y dado que la práctica demuestra que cualquier mínimo detalle que quede por prever finalizará en una controversia probablemente judicializada, la autoridad judicial debe ser sumamente puntillosa a la hora de establecer el régimen de visitas¹³. En este sentido, deben rechazarse regímenes de visita

- 10 SAP de Cáceres (Sección 1ª) núm. 512/2018 de 30 noviembre. En este sentido, indica la SAP de La Rioja (Sección 1ª) núm. 190/2019 de 4 abril que “los informes de los servicios psicosociales adscritos a los juzgados tienen la categoría de informes periciales, deben ser valorados de acuerdo con las reglas de la sana crítica conforme al artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no son vinculantes para el juez. La valoración de la prueba del informe de los servicios psicosociales debe ser asimilada a la de los peritos, aunque tenga una naturaleza no totalmente equiparada al informe pericial, siendo la pauta de referencia necesariamente el interés prevalente del menor para resolver la controversia familiar, lo cual no significa necesariamente que el tribunal deba aceptar su contenido”.
- 11 En estos términos, la SAP de La Rioja (Sección 1ª) núm. 70/2018 de 23 febrero niega validez al informe porque es un dictamen del equipo psicosocial que al final realiza una propuesta de visitas de los abuelos con el menor. Sin embargo, examinado su contenido, se observa que el mismo únicamente ha sido elaborado por la trabajadora social del equipo psicosocial, no por un equipo interdisciplinar y en su elaboración no ha intervenido ningún psicólogo. Esto es importante, en la medida en que la causa justa que, según la argumentación de la sentencia, ha de impedir las visitas es precisamente el impacto que a nivel personal y psicológico puede derivar para el menor en el caso de desarrollarse las visitas con los abuelos en el contexto de conflicto que se vive entre sus padres y aquellos, y también, el riesgo de instrumentalización del menor en ese conflicto y el riesgo de que las visitas sean utilizadas con el fin de revitalizar la relación perdida con el padre. Siendo ese ámbito emocional y psicológico el más determinante, un dictamen elaborado por un trabajador social no puede ser relevante a la hora de poder valorar el eventual impacto psicológico o emocional que las visitas de los abuelos pueden tener en el menor en la situación de conflicto grave subyacente entre los padres del niño y los abuelos.
- 12 En el mismo sentido, en la jurisprudencia menor, entre las más recientes, SAP de La Rioja (Sección 1ª) núm. 70/2018 de 23 febrero, SAP de Jaén (Sección 1ª) núm. 808/2018 de 26 julio, SAP de Córdoba (Sección 1ª) núm. 549/2018 de 3 septiembre, SAP de A Coruña (Sección 3ª) núm. 446/2018 de 27 diciembre, SAP de Badajoz (Sección 2ª) núm. 146/2019 de 8 marzo, SAP de Badajoz (Sección 2ª) núm. 417/2019 de 7 junio.
- 13 Me explico con un ejemplo. El Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Salamanca, en fecha 31 de marzo de 2015, dictó sentencia por virtud de la cual, en lo que ahora nos interesa, “en relación con las vacaciones escolares de Navidad, la menor pasará con su padre el periodo comprendido entre el primer día de vacaciones escolares a las 11,00 horas, hasta el día 29 de diciembre, a las 16,00 horas, los años pares, y desde el día 31 de diciembre, a las 20,00 horas, hasta el último día de vacaciones a las 20,00 horas, en los años impares”. Si bien se observa, entre el día 29 que finaliza el primer periodo en el que se han dividido las vacaciones navideñas y el día 31 de diciembre que comienza el segundo, se sitúa el día 30 del

abiertos o indefinidos pues serán fuente inagotable de conflictos¹⁴, evitando recursos de apelación, solicitudes de aclaración de sentencia, procedimientos de ejecución, demandas de modificación de medidas, etc. Régimen de visitas que debe venir perfectamente determinado, hasta en lo que parezca más vanal, ya en la sentencia sin necesidad de esperar a una aclaración de la misma o a un procedimiento de ejecución¹⁵. Gráficamente indica Vallespín Pérez “mejor es

que nada se dice y que dio origen al correspondiente recurso de apelación que es estimado en este punto por la SAP de Salamanca (Sección 1ª) núm. 402/2015 de 30 diciembre con la siguiente argumentación “respecto del pedimento en el punto de “vacaciones de Navidad”, a la Sala le parece razonable y estimable en atención al alegato en que este apelante lo sustenta; pues, efectivamente, el fallo de la sentencia apelada, al establecer que el primer periodo vacacional comprenderá hasta el 29 de diciembre, a las 16,00 horas, los años pares, comenzando el segundo periodo el 31 de diciembre los años impares, provoca la posibilidad de confusionismos e interpretaciones divergentes y conflictivas respecto a la estancia de la menor el día 30 de diciembre de cada año, sea par o impar. Más allá de si el fallo impugnado en este punto produce o no una desigualdad o desfavorecimiento del recurrente (en el sentido de que la madre contaría con dos días más con la menor los años pares, etc.), de lo que se trata es de clarificar el problema y la mejor manera de hacerlo es establecer el intercambio el mismo día, por lo que si las partes han convenido que lo sea el 29 de diciembre, a ello ha de estarse, pero con el matiz relevante de que el primer periodo, en este caso, debe abarcar desde el primer día de vacaciones escolares, a las 11,00 horas, hasta el día 29 de diciembre a las 11,00 horas de la mañana y el segundo periodo desde esas 11,00 horas de dicho día 29 de diciembre, hasta el último día de las vacaciones escolares navideñas, a las 20,00 horas; correspondiendo el primer periodo al padre los años pares y a la madre los impares”.

- 14 En este sentido, la SAP de Zaragoza (Sección 2ª) núm. 246/2015 de 19 mayo estima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia que aprueba el pacto de relaciones familiares presentado pese a no contemplar un régimen específico de comunicación entre padre e hija, que se prevé abierto “por la existencia de otros hermanos mayores que pueden ayudar y colaborar en la relación de la hija menor de edad con sus progenitores”. “No consta en el Pacto, sin embargo, la menor alusión al tipo de relación que mantienen los hijos mayores con el padre, ni se prevé que estos acompañen a su hermana en sus visitas al padre, ni se desprende dato que permita confiar en que su intervención propiciará la comunicación hija/padre, siendo en todo caso evidente que si padre e hija han de continuar relacionándose, nada mejor que establecer ese régimen de antemano, con precisión del lugar -el padre no designa domicilio distinto del de la madre- y cuando”. Por lo expuesto, considera la Audiencia que el interés de la hija menor no queda suficientemente salvaguardado con la aprobación del Plan de Relaciones Familiares aportado por las partes, por lo que procede acordar revocar la sentencia de instancia en este punto concreto y dar nuevo traslado a las partes a fin de que aporten un nuevo Plan en el que se establezca un régimen de visitas de la hija menor con el padre, siquiera de carácter mínimo, y el padre haga constar un domicilio diferente del de la madre en el que llevar a cabo dicho régimen de visitas.
- 15 En sentido contrario a la tesis que mantengo se manifiesta la SAP de Cáceres (Sección 1ª) núm. 264/2016 de 13 junio: “La parte actora apelante postulaba el establecimiento de un régimen que apura hasta el último extremo y con una más que acusada precisión casuística todos los aspectos del mismo, con una concreción excesiva a fin -o con el designio- de evitar que se produzcan disfunciones en el desarrollo del expresado régimen de visitas”. Sin embargo, se trata, a juicio de la Sala, “de un posicionamiento equivocado. Antes al contrario, este Tribunal siempre ha entendido que fijar un régimen de visitas preciso, pero manteniendo al mismo tiempo una flexibilidad en su cumplimiento y desarrollo, se conforma como la decisión idónea en la articulación del régimen de vistas, estancias y comunicaciones de los hijos menores. Por este motivo, siempre hemos considerado que el régimen que habitualmente se califica como “ordinario” (esto es, fines de semana alternos, mitad de vacaciones escolares y uno o dos días de visitas intersemanales) es el que mejor se adecúa al bienestar del menor. Fijar hasta el último detalle y con una concreción abiertamente excesiva el régimen de visitas (diríamos que con una precisión casi milimétrica) puede ser más perjudicial que beneficioso, porque el desarrollo del régimen de visitas sin incidencias es una cuestión de voluntad real de los progenitores, más que de precisiones dables de calificarse de extremas. Y, de esta manera, no debe desconocerse que una situación de desavenencia entre los progenitores incide -sin duda alguna y negativamente- sobre el bienestar de los hijos menores, situación -absolutamente indeseable- que, ciertamente, se proyecta sobre el cumplimiento del régimen de visitas, estancias y comunicaciones, siendo aconsejable -en interés de los hijos- que las diferencias personales que pudieran existir entre los progenitores no afectaran al mismo, para lo cual debe procurarse que las relaciones paterno-filiales se desarrollen, en la medida de lo posible, con la más absoluta normalidad, lo que redundaría no sólo en el bienestar de los hijos sino también en su formación integral. Si esto es así (como es deseable que lo sea) el régimen de visitas, estancias y comunicaciones se desarrollará con normalidad y beneficiará a la menor. Si no existe tal voluntad, el régimen de vistas no se desarrollará con normalidad aun cuando se precise hasta el más mínimo extremo, porque siempre existirá algún resquicio que podría alegarse por alguno de los cónyuges como causa del incumplimiento por el otro”.

«trabajar cinco minutos más» en una sentencia, que optar por un «corta y pega genérico» que después le llevará al Juzgado o Tribunal a asumir, en no pocas situaciones, diferentes demandas ejecutivas que encuentran su última razón de ser en que el órgano jurisdiccional no concretó lo que debió concretar. Y todo ello sin olvidar, además, de una parte, que al concretarse judicialmente en la sentencia de divorcio el régimen de visitas o estancias, ello debiera hacerse en función de la lógica y el conocimiento específico de las circunstancias de cada caso, pero nunca en atención a fórmulas estereotipadas de uso «generalizado»; y, de otra, que en dicha concreción deben colaborar los abogados de ambos progenitores, pues serán ellos los que tengan más fácil suministrar a los Jueces o Magistrados, en sus demandas y contestaciones, la «información necesaria» (vg. localidades de residencia, horarios laborales, edad de los hijos) para que éstos terminen por fijar un régimen de visitas o estancias pensado en el bienestar de los menores, que es lo prioritario, pero lógico y asumible, en atención a sus circunstancias, por ambos progenitores¹⁶. Lo expuesto en líneas precedentes encontraría una excepción en el supuesto de hijos que han alcanzado la adolescencia y se niegan a tener relaciones con el progenitor no guardador pues en estos supuestos la imposición coactiva de un régimen normalizado se presenta contraproducente a los fines de lograr un restablecimiento de la relación paterno-filial¹⁷.

Aun en los supuestos de separaciones y divorcios contenciosos, en los que no existe un acuerdo relativo a la guarda y custodia de los hijos y al régimen de visitas plasmado en un convenio regulador, es posible que las partes lleguen a un acuerdo a lo largo de la tramitación del procedimiento, acuerdo que deberá ser valorado por el juez pues nadie mejor que los propios padres para poder concretar un régimen razonable, factible y en interés de su hijo. Sin que ello implique que la autoridad judicial deba adoptar como medida definitiva los términos de dicho acuerdo, pero sí tenerlo en consideración y valorarlo del mismo modo y manera y con los mismos parámetros que examinaría dicho pacto si formara parte de un convenio regulador. En este sentido, no es en absoluto infrecuente que las propias resoluciones judiciales en las que se establece un régimen de visitas aludan explícitamente a la importancia de que existan pactos al respecto. Es más, no es excepcional que el régimen que se establezca por el juez tenga carácter meramente supletorio de lo acordado por los progenitores, mediante el recurso a cláusulas de estilo del siguiente o parecido tenor literal “se establece a favor de las hijas y del padre un régimen de visitas que se desarrollará de acuerdo con los progenitores puedan convenir, en beneficio de las menores y en ejercicio responsable de su patria potestad, al que se les insta, y a falta de acuerdo, con carácter de mínimo,

16 VALLESPÍN PÉREZ, D.: “La necesidad de “concretar judicialmente” el régimen de visitas o estancias con los hijos, como mecanismo de “atenuación” de futuras soluciones conflictivas entre los progenitores involucrados en un divorcio contencioso”, *Práctica de Tribunales*, nº 108, 2014, LA LEY 2578/2014, p. 2.

17 Al estudio de la influencia de la edad en la determinación del régimen de visitas he dedicado las páginas 196 y ss. de la monografía *El derecho de visita, comunicación, ...*, 2019.

...”, o “el régimen de visitas entre el padre y el menor será el que libremente establezcan y en su defecto...”, o “en defecto de otro acuerdo de los progenitores que siempre tendrá preferencia”, o “el régimen de guarda, estancias y contacto telefónico establecido será subsidiario a cualquier otro acuerdo que, de forma general o en ocasiones puntuales, puedan adoptar ambos progenitores teniendo en cuenta siempre el mejor beneficio e interés de su hija”¹⁸.

Por extenso, como señala la SAP de Ciudad Real (Sección 2ª) núm.. 86/2019 de 13 marzo, la necesidad de una mínima concreción del régimen de visitas no implica que este se deba entender como un rígido tratado de derechos y obligaciones, lo dispuesto en la resolución judicial tiene carácter de mínimo ya que la finalidad del Código Civil no es restringir las relaciones entre progenitores e hijos sino, muy al contrario, posibilitarlas. En la práctica cotidiana, los progenitores pueden fijar el régimen de visitas y comunicaciones que consideren más conveniente para el interés del menor y según sus posibilidades, ya que el que se establece en la sentencia únicamente será de aplicación en caso de discrepancia. Nada obsta a que posteriormente ambos progenitores convengan otro que se adapte más a sus circunstancias y a la de los menores y que se acabe traduciendo en una mayor permanencia de estos con su familia.

3. El progresivo incremento del régimen de visitas “normalizado”.

Las visitas intersemanales, entendiéndose por tales aquellas que se desarrollan al margen del fin de semana, contribuyen a estrechar lazos con el progenitor no custodio, a profundizar en el conocimiento de padre e hijos y a implicar a aquel en mayor grado en la vida de los descendientes, en la corresponsabilidad del día a día, participando de las responsabilidades de los menores en los períodos lectivos¹⁹. La bondad de las visitas intersemanales viene claramente puesta de manifiesto por la SAP de A Coruña (Sección 5ª) núm.. 136/2016 de 6 mayo en el sentido de que no cabe duda de que resulta imprescindible mantener de modo normalizado el contacto y la estancia con el padre y con el ambiente paterno por convenir así al desarrollo y formación del menor. Esta normalización de relaciones exige que la

18 Así, por ejemplo, una vez establecido el régimen de visitas, la SAP de Barcelona (Sección 12ª) núm. 668/2015 de 21 octubre señala, “otra cosa es que los padres, a fin de poder desarrollar con normalidad sus obligaciones laborales, y ante las dificultades en mantener la cadencia de viajes y traslados establecidos en la sentencia, puedan llegar a pactar otros sistemas [...] La Sala considera que son los propios progenitores quienes pueden valorar con sensatez sus posibilidades laborales, económicas y de tiempo para procurar la máxima relación, y por ello alienta a que alcancen acuerdos en beneficio de la hija y de ellos mismos; pero no existiendo, hoy por hoy, dicho acuerdo se ve obligada a establecer un sistema de relación y las alternativas que la Sala advierte como más adecuadas para salvar las dificultades advertidas”. Insistiendo en el fallo en que “el padre tiene derecho a estar en compañía de su hija, en la forma que acuerden libremente ambos progenitores y, en su defecto, atendida la distancia entre los domicilios materno y paterno, conforme al siguiente régimen”.

19 Sobre las indudables bondades de las visitas intersemanales pero también sobre sus no pocos inconvenientes vid. las páginas 108 y ss. del trabajo las páginas 196 y ss. de la monografía *El derecho de visita, comunicación, ...*, 2019.

presencia paterna no se reduzca solo a los períodos de ocio o vacacionales de los que pueda disfrutar su hijo, sino que se extienda igualmente a los períodos en los que éste desarrolla su actividad rutinaria y ordinaria de todos los días²⁰.

La casuística es muy amplia, siendo lo cierto que hace algunos era rara la fijación de visitas intersemanales; sin embargo, en la actualidad son minoría los pronunciamientos judiciales que, sin existir ningún motivo que justifique el establecimiento de un sistema restrictivo, no establecen ningún tipo de visita durante la semana²¹.

Pues bien, un recorrido por cualquier repertorio jurisprudencial sirve para constatar cómo el denominado régimen normalizado o estandarizado de visitas se ha ido incrementando con el transcurso de los últimos años pasando de ser concretado en fines de semana alternos y la mitad de las vacaciones a introducir un par de visitas intersemanales, en ocasiones con pernocta, lo que viene a ser

20 En sentido contrario, la SAP Madrid (Sección 24ª) núm. 482/2003, de 22 de mayo, considera inadecuadas las visitas intersemanales "atendida la edad de los menores, 12 y 9 años, y sus necesidades escolares, tales visitas intersemanales, comprometerían su adecuada estabilidad y adaptación escolar, dificultando y entorpeciendo o impidiendo incluso las actividades escolares y extraescolares, y adecuado cumplimiento de las obligaciones, deberes y tareas que se les impongan diariamente, por lo que se devienen en perturbadoras".

21 Entre las resoluciones que sí lo hacen, se observa un amplio abanico de posibilidades que va desde una tarde a la semana sin pernocta hasta dos tardes con pernocta (SAP de Tarragona (Sección 1ª) núm. 153/2017 de 21 abril) pasando por las vías intermedias: dos tardes sin pernocta (SAP de Castellón (Sección 2ª) núm. 61/2012 de 9 marzo, SAP Cantabria (Sección 2ª) nº 551/2013 de 25 octubre, SAP de Navarra (Sección 3ª) núm. 442/2016 de 3 octubre, SAP de Almería (Sección 1ª) núm. 186/2017 de 9 mayo, SAP de Huelva (Sección 2ª) núm. 255/2018 de 11 mayo), y una tarde con pernocta (SAP de Madrid (Sección 22ª) núm. 442/2018 de 25 mayo). Incluso, aunque menos frecuentes, sistemas mixtos como los siguientes:

* El progenitor no custodio tendrá a su hijo en su compañía la tarde de los martes y miércoles desde la salida del colegio del menor hasta las 20 horas, las semanas cuyo fin de semana le corresponda tener a su hijo en su compañía. El mismo régimen se aplicará a las semanas en las que el fin de semana corresponda al padre tener al menor en su compañía, pero en este caso con pernocta en casa de la madre la noche del martes al miércoles, quien lo llevará al colegio en la mañana de dicho miércoles (SAP de Navarra (Sección 3ª) núm. 496/2017 de 21 noviembre).

* Se contempla como día intersemanal el miércoles que el padre la recogerá a la salida del colegio y la reintegrará un miércoles a las 19:30 horas y el otro el jueves al colegio de forma alterna (SAP de Madrid (Sección 22ª) núm. 1016/2015 de 1 diciembre).

* Fines de semana alternos desde las 10 horas del sábado a las 20,30 horas del domingo y los lunes miércoles y viernes desde las 16,30 hora hasta las 20,30 horas las semanas en que el padre no los tiene el fin de semana, y los martes y jueves con el mismo horario cuando el padre tiene consigo a los hijos el fin de semana (SAP de Islas Baleares (Sección 4ª) núm. 312/2015 de 14 octubre).

* El padre tendrá consigo a la menor dos días entre semana desde la salida del Centro escolar de la menor hasta las 19 h. estos días serán lunes y miércoles el fin de semana que haya de tener a la niña y los martes y jueves aquel fin de semana que no haya de tenerla (Sentencia del Juzgado de violencia de género número 2 de Palma de Mallorca de 24 de octubre de 2016, confirmada en este punto por la SAP de Islas Baleares (Sección 4ª) núm. 160/2017 de 9 mayo).

* Dos días intersemanales que, en defecto de otro acuerdo, serán los martes y jueves desde las 17,00 horas hasta las 20.00 horas, en aquellas semanas en que trabaje de turno de mañana o noche. Cuando la menor se escolarice, podrá estar con ella desde que salga del centro escolar (Sentencia de 16 de noviembre del 2015 del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Pamplona).

* El padre podrá tener a s su hija menor en su compañía los lunes y miércoles, desde las 17,00 horas a las 20,00 horas, cuando no le corresponda disfrutar de su compañía los fines de semana que ya tiene asignados (SAP de Salamanca (Sección 1ª) núm. 214/2015 de 22 julio).

* Dos días entre semana, que, a falta de acuerdo, serán martes y jueves. La sentencia igualmente distingue la semana en que el padre no tenga a la menor, pues incluirían visitas con pernocta, y la semana correspondiente a los fines de semana en que sí tenga a la menor en su compañía, que serían sin pernocta (SAP de Madrid (Sección 22ª) núm. 388/2018 de 11 mayo).

un reparto del tiempo por igual entre el progenitor custodio y el que no ejerce la guarda y custodia.

Y está bien que así sea, pues como indica la SAP de Valencia (Sección 10ª) núm. 917/2016 de 12 diciembre “no hay motivo alguno que se oponga a que la comunicación sea intensa, amplia y habitual, lo que resulta lo más conveniente para los menores, para los que la separación de los padres no debe suponer nunca un alejamiento de uno de sus progenitores, sino que deben adoptarse las medidas precisas para que pueda tener análogo grado de relación con ambos progenitores, procurando la misma participación de los dos en todas las actividades y circunstancias de la vida del hijo común, de tal manera que aunque los padres estén separados, el hijo tenga conciencia de que su relación con ambos es igual, que ambos le cuidan y atienden, que participan en la misma medida en su educación, formación, desarrollo y bienestar, que le dan análoga afectividad y que, no obstante la separación matrimonial, los vínculos paterno filiales con ambos progenitores son similares. En definitiva, en unas circunstancias de normalidad de los progenitores, es decir, cuando no haya motivos de personalidad o de cualquier otra índole que alteren el orden normal de las comunicaciones o puedan suponer el temor de un riesgo, peligro o perturbación para el menor, la comunicación de ambos padres con el hijo debe ser extensa, intensa y abundante, compartiendo con él, conviviendo y participando en todos los actos y vicisitudes cotidianos, para lo que es necesario un amplio régimen de comunicación del progenitor no custodio, y no ponerle trabas innecesarias, a fin de que participe en la educación del hijo de un modo total o global, lo que sólo puede conseguirse si la convivencia con el hijo menor se realiza sin restricciones horarias, manteniendo la relación durante las veinticuatro horas de los días que se establezca que hijo y padre no custodio estén juntos”.

En parecidos términos, la SAP de Madrid (Sección 22ª) núm. 745/2016 de 18 octubre pone de relieve que es a todas luces más beneficioso para el menor un régimen de visitas amplio y equitativo, con semejantes repartos de tiempo con cada uno de sus progenitores, para permitirle que se adapte a la situación post-ruptura, en estado de absoluta normalidad tanto en él como en su padre, que un sistema restringido y ello en un momento en que se ha alcanzado por el menor la suficiente madurez e independencia física respecto de su madre, rebasado con creces el periodo de lactancia, cuando puede el padre prodigarle las mismas atenciones que la progenitora, incluida la ayuda en la realización de las tareas y actividades escolares, al ser perfecto conocedor de las necesidades en todo orden del niño, por cuanto de manera cotidiana se venía ocupando del mismo hasta el momento en el que se puso fin a la convivencia. Es más, continúa indicando que no se advierte que los contactos vayan a interferir en las necesidades escolares del menor, pues podrá ser ayudado en la realización de las tareas y deberes en los

días martes y jueves por su padre, como le podrá este acompañar a las actividades extraescolares.

Régimen normalizado que deberá ser establecido para aquellos supuestos en los que las relaciones de los menores con sus progenitores son normales y no presentan ninguna circunstancia de la que pudiera desprenderse un temor razonable de que una comunicación normalizada, sin límites o prevenciones, pudiera constituir un riesgo o perjuicio para la adecuada formación, educación, salud física o mental del hijo. Por este motivo, por poner un ejemplo ilustrativo, la SAP de A Coruña (Sección 5ª) núm. 136/2016 de 6 mayo estima el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Carballo, de 22 de noviembre de 2013 que establecía a favor del padre un régimen de visitas en virtud del cual éste podrá tener al menor en su compañía los fines de semana alternos, una tarde entre semana, la mitad de las vacaciones escolares de Navidad y Semana Santa, así como el mes de verano repartido en quincenas. Y lo estima en el sentido de ampliarlo, “eliminando las restricciones que cabe observar en el mismo si se compara con un régimen ordinario habitualmente aplicable para aquellos casos en los que las relaciones de los menores con sus padres y de éstos entre sí son normales y no presentan especial conflictividad”²². Ampliación que la Sala justifica en detalle y cuyas reflexiones considero oportuno reproducir: “Creemos que la ampliación del régimen de visitas ahora acordada se encuentra justificada desde la perspectiva de la efectiva realización del interés superior del menor, ya que, lo contrario, y dada la consolidada situación de guarda y custodia existente hasta ahora a favor de la madre así como las limitaciones apreciadas en el régimen de visitas establecido a favor del padre, se podría generar el riesgo de que el niño viese constituido su desarrollo adaptativo excesivamente en torno a la figura materna y en detrimento de la paterna, cuando el mantenimiento de las relaciones paterno-filiales y la comunicación de los hijos con sus padres no custodios deviene absolutamente necesaria para que aquéllos puedan formarse y desarrollarse íntegramente. No cabe duda de que resulta imprescindible mantener de modo normalizado el contacto y la estancia con el padre y con el ambiente paterno por convenir así al desarrollo y formación del menor. Esta normalización de relaciones exige que la presencia paterna no se reduzca solo a los períodos de ocio o vacacionales de los que pueda disfrutar su hijo, sino que se extienda igualmente a los períodos en los que éste desarrolla su actividad rutinaria y ordinaria de todos los días, a lo que de

22 Lo amplía en los siguientes términos: podrá el padre tener al menor en su compañía durante los siguientes períodos: a). Dos tardes durante la semana que, en defecto de acuerdo, serán los martes y los jueves en el mismo horario ya marcado en Instancia de 16.00 horas a 19.30 horas. b). Los fines de semana alternos desde la salida del centro escolar el viernes hasta la entrada en el mismo el lunes. c). La mitad de todos los períodos vacacionales de los que pueda disfrutar el menor, incluyendo en este reparto por mitades no solo la Navidad y la Semana Santa, sino también el período estival, correspondiendo elegir las primeras o segundas mitades al padre en los años impares y a la madre en los años pares. d). En los restantes extremos, se mantiene el régimen de visitas fijado en la Sentencia de Instancia.

modo palmario contribuye que el progenitor no custodio lo pueda tener en su compañía dos tardes a la semana y los fines de semana alternos desde la salida el viernes del centro escolar hasta su entrada en el mismo los lunes. Además, al tener el padre que recoger a su hijo en el colegio con cierta habitualidad, se fomenta su mayor participación en las actividades tanto escolares como extraescolares del menor. Y al prescindir de la división por quincenas de las vacaciones estivales y extender a este período vacacional el reparto equitativo por mitades ya fijado en la Sentencia de Instancia para las Navidades y la Semana Santa, se promueve que el menor pueda integrarse con normalidad en la rutina del padre y viceversa, lo que vendría facilitado por la circunstancia de que ambos estarían juntos por un único período de tiempo más prolongado y no por dos cortos fraccionados. Es cierto que el Auto de medidas provisionales ya contemplaba este reparto por mitades entre ambos progenitores de las vacaciones estivales, que la Sentencia recurrida prescindió del mismo acordando repartir por quincenas dicho período vacacional porque así lo habían interesado ambas partes litigantes y que el apelante manifestó expresamente en su escrito de recurso su pretensión de que el régimen de visitas para los períodos de vacaciones escolares de verano, Navidad y Semana Santa se mantuviese según lo establecido en Instancia. Pero también es cierto, como ya advertimos previamente, que las medidas referentes a menores son cuestiones de orden público que no quedan sujetas al principio dispositivo y de rogación, por lo que la fijación del régimen de visitas del progenitor no custodio en los períodos de vacaciones estivales debe siempre llevarse a cabo atendiendo al interés superior del menor (*favor filii*), el cual ha de prevalecer sobre los intereses particulares o la mera comodidad de sus padres”.

III. LA PÉRDIDA DEL CARÁCTER “EXCEPCIONAL” DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.

La Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio introdujo en el art. 92 CC la posibilidad de establecer la mal denominada guarda y custodia compartida. No resulta pertinente efectuar en esta sede un análisis de los numerosos problemas que el régimen jurídico de la custodia compartida plantea, en gran parte motivado por el silencio del Código Civil en temas capitales como, por ejemplo, en el relativo a la atribución del uso de la vivienda familiar en estos casos. Me limitaré, por tanto, a poner de manifiesto únicamente dos ideas:

Superados los primeros pronunciamientos judiciales tras la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 8 de julio, que defendían el carácter excepcional de la guarda y custodia compartida en ausencia de acuerdo de los progenitores, el Tribunal Supremo, a partir de la Sentencia (Sala de lo Civil) núm. 623/2009 de 8 de octubre, pero singularmente de las Sentencias (Sala de lo Civil) núm. 237/2011 de 7 de julio,

núm. 579/2011 de 22 de julio y núm. 257/2013 de 29 de abril²³ declara como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 del Código Civil debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar; que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando, y he aquí lo más importante que aporta la Sentencia, que la redacción del artículo 92 del Código Civil 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 sea²⁴.

En segundo lugar, entre las numerosas ventajas que este sistema de atribución de la guarda y custodia presenta cabe señalar, con el Tribunal Supremo, que se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; se evita el sentimiento de pérdida; no se cuestiona la idoneidad de los progenitores; se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor; que ya se ha venido desarrollando con eficiencia. Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos²⁵.

Se observa, en consecuencia, un progresivo, aunque lento, abandono del principio general según el cual la ruptura de la convivencia entre los progenitores significa automáticamente que los hijos deben apartarse de uno para encomendarlos individualmente al otro, superándose la visión de la custodia compartida como

23 Doctrina reiterada, entre las más recientes, en STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 458/2019 de 18 julio, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 637/2019 de 25 noviembre, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 15/2020 de 16 enero, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 311/20202 de 16 junio, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 559/2020 de 26 octubre.

24 Téngase en cuenta que el art. 92 CC ha sido objeto de reforma por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

25 STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 368/2014 de 2 julio ampliamente reiterada. Entre las más próximas, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 637/2019 de 25 noviembre, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 15/2020 de 16 enero, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 311/20202 de 16 junio, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 559/2020 de 26 octubre.

un modelo excepcional. Es más, algunos derechos forales, dando un paso más, otorgan a este sistema carácter preferente.

Son muchos y variados los modos de custodia compartida y de ejercicio de la misma, siendo el más habitual la denominada custodia alterna que pasa por una distribución temporal de los periodos en los que cada uno de los progenitores disfruta de la compañía de sus hijos y el otro es titular de un derecho de visitas. Periodos de alternancia en el régimen de comunicación y estancia que puede ser diario, semanal, quincenal, mensual, trimestral, por año natural, por curso académico, etc. Si bien, ello no implica que sea imprescindible un reparto absolutamente paritario del tiempo²⁶ siendo, por ejemplo, posible una alternancia de periodos lectivos y no lectivos cuando los padres residen en localidades distintas²⁷. En este sentido, llama la atención Campo Izquierdo sobre el hecho de que la guarda y custodia compartida se ha introducido “para dejar atrás, en la medida de lo posible, las situaciones que se daban hasta ahora, de que la guarda y custodia se atribuía a un cónyuge (primer premio) y las visitas al otro (premio de consolación). Medida que, si bien al principio se pidió en avalancha, dando lugar a situaciones muy pintorescas, tales como: el hijo cada día estaba y dormía con uno de los progenitores, o por semanas o meses, tal vez por: a) una mala interpretación de la norma, en el sentido de que la misma se introducía en nuestro ordenamiento para equilibrar la situación de ambos cónyuges; y no para salvaguardar el derecho del menor de estar y comunicarse con cada progenitor, o b) por no valorar las

26 Indica MORENO VELASCO (en “La custodia compartida. Dos cuestiones prácticas: supuestos contenciosos sin acuerdo de los progenitores y formas de ejercicio”, *Boletín de Derecho de Familia*, 2009, p. 7) lo importante no es la existencia de un régimen matemáticamente igualitario de estancia sino una corresponsabilidad en derechos y obligaciones respecto al niño. Tesis compartida por GARCÍA PRESAS, I.: *Guarda y custodia de los hijos*, Juruá, Lisboa, 2015, p. 55; LÓPEZ-BREA MARTÍNEZ, M^a C.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida y tras la liquidación del patrimonio ganancial”, en *El derecho de familia ante la crisis económica. La liquidación de la sociedad legal de gananciales*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 262; MARTÍNEZ CALVO, J.: *La guarda y custodia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 72. En esta línea, señala la SAP Toledo de 1 de julio de 2008, una custodia compartida no tiene por qué consistir necesariamente en un reparto por periodos de tiempo de la custodia exclusiva siendo preferible un reparto de responsabilidades. El padre en este caso asume la responsabilidad de cuidar de su hijo por las tardes, con todo lo que ello implica en un menor a punto de cumplir los 9 años, lo que significa encargarse en gran medida de ayudarlo en sus estudios y deberes académicos, actividades extraescolares y en definitiva la gran mayoría de las cuestiones verdaderamente importantes y trascendentales que ocupan el tiempo de su hijo. En definitiva, está asumiendo unas obligaciones y un grado de responsabilidad en la educación y desarrollo de su hijo, mucho mayores incluso que las que han correspondido a la madre. En idéntico sentido, indica la SAP de Zaragoza (Sección 2ª) núm. 180/2011 de 29 marzo que la custodia compartida “no supone una distribución exactamente paritaria del tiempo que el menor debe pasar con cada padre, debiendo acomodarse a las circunstancias concretas en cada caso concurrentes (laborales, distancia geográfica, obligaciones educativas, edad de los hijos, etc.) y, aceptando, aunque de forma subsidiaria, la madre una custodia compartida en los términos que expone en su recurso, debe accederse a esta petición, por estimarse la más adecuada al exclusivo interés del niño, entendiéndose que el largo periodo que la Sentencia fija de semestres alternos no satisface sus especiales necesidades de todo orden”. En contra se sitúan aquellos pronunciamientos judiciales como la SAP de Salamanca (Sección 1ª) núm. 332/2016 de 18 julio que afirman que el sistema de guarda debe ser equilibrado y de alcance uniforme en cuanto a los periodos de efectiva guarda por cada progenitor. En la doctrina, considera que la custodia compartida implica una equiparación de los periodos de estancia PÉREZ CONESA, C.: “Concesión de la custodia de los menores a ambos progenitores conjuntamente y atribución de la vivienda familiar (STS de 16 de abril de 2016)”, en *Guía práctica de las crisis matrimoniales*, Aranzadi, Navarra, 2017, p. 916.

27 GARCÍA PRESAS, I.: *Guarda y custodia de los hijos*, 2015, p. 59.

consecuencias que podían producir esos cambios continuos en la convivencia del menor con cada progenitor; ahora se solicita con más cautela. Por tanto, hay que valorar que la guarda y custodia compartida, no implica actuar como el rey Salomón y dividir el tiempo del menor al 50%; sino que tiene como finalidad que el menor esté con cada progenitor el máximo tiempo posible, valorando sus horarios de sueño, de estudio, su grupo de amigos, sus actividades lúdicas y extraescolares, etc. Es decir, compartir la guarda y custodia del hijo de ambos, no con parámetros simplemente temporales, sino con criterios de calidad y dedicación²⁸.

Para concluir, es necesario hacer hincapié en la necesidad de que el convenio regulador, judicialmente aprobado, o el juez, en la sentencia que pone fin a un procedimiento contencioso de nulidad, separación o divorcio, se pronuncie de manera expresa sobre el régimen de visita, comunicación y estancia de los hijos menores de edad en el momento de la ruptura por tratarse de una materia de orden público. También cuando se ha optado por una guarda y custodia compartida con base en los siguientes argumentos: Por un lado, por lo que se refiere el convenio regulador, el art. 90 CC establece que deberá contener, "al menos" y siempre que fueran aplicables, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos. El art. 91 del mismo cuerpo legal dispone que en las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, "determinará" conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos. Imperatividad que también se deduce del tenor del art. 103 CC al establecer que el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, "adoptará", con audiencia de éstos, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. Carácter, por tanto de *ius cogens* que no veo motivo alguno para que deba ser excluido en los supuestos de atribución de una guarda y custodia compartida. Se exige, por tanto, un pronunciamiento al respecto, aun cuando sea en el sentido de que la periodificación semanal de los periodos de custodia no hace necesario el establecimiento de visitas, pero pronunciamiento debe haber. Es más, aun cuando en el caso concreto, y no será lo habitual, no se estimen procedentes visitas intersemanales o de fin de semana, no estaría de más contemplar una previsión relativa al régimen de comunicaciones y, por supuesto, al disfrute de las vacaciones²⁹.

28 CAMPO IZQUIERDO, J.L.: "La conflictividad y los procesos matrimoniales", *Boletín de Derecho de Familia El Derecho*, 2006, p. 4-5.

29 Un análisis del régimen de visitas en supuestos de custodia compartida puede verse en ORDÁS ALONSO, M.: *El régimen de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*, Bosch, Barcelona, 2019, p. 149 y ss.

IV. LA IGUALACIÓN DEL TIEMPO QUE AMBOS PROGENITORES PASAN EN COMPAÑÍA DE SUS HIJOS. LA NEGATIVA AL RECONOCIMIENTO DE UNA CUSTODIA COMPARTIDA EN ESTOS CASOS.

Cuando se establece un régimen de guarda y custodia exclusiva o monoparental con un régimen de visitas consistente en dos días intersemanales con pernocta más fines de semana alternos y mitad de vacaciones se está igualando el tiempo que ambos progenitores estarán en compañía de sus hijos. Si ese régimen de visitas se desarrolla con normalidad ¿no es factible pedir un cambio de régimen de guarda? Ciertamente sorprende el ingente número de resoluciones judiciales que afirman la idoneidad de ambos cónyuges para hacerse cargo del cuidado de sus hijos para, a renglón seguido, descartar el establecimiento de una guarda y custodia compartida, pero establecer un régimen de visitas que, de *facto*, iguala los tiempos entre ambos progenitores³⁰. ¿Qué motivo ha llevado al juzgador a no establecer la custodia compartida en estos casos? Con contadas excepciones, en los fundamentos de las sentencias no se aprecia dato alguno que justifique la denegación de la custodia compartida en estos supuestos.

Con carácter previo a adentrarme en dicha problemática, considero oportuno ilustrar lo expuesto con dos ejemplos:

La SAP de Badajoz (Sección 2ª) núm. 634/2018 de 11 diciembre conoce del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia en la que, modificando el contenido de la sentencia de divorcio dictada en su día, se reconoce al padre, como progenitor no custodio, y en relación con la hija menor, unas visitas intersemanales en lunes, miércoles y viernes desde la salida del colegio hasta las 21,30 horas; y los fines de semana alternos se iniciarán los viernes a la salida del colegio. Un amplísimo régimen de visitas intersemanales, por tanto. Padre que interesa se revoque la sentencia para acordar la modificación de la medida en relación a la guarda y custodia a favor del progenitor no custodio, estableciendo un régimen de custodia compartida, en el que la menor permanezca una semana con cada uno de los progenitores, siendo recogida por el progenitor no custodio esa semana en el domicilio del otro progenitor, los domingos a las 21 horas. Recurso que es desestimado con apoyo en los siguientes argumentos esgrimidos por la Sentencia de Primera Instancia y que la Audiencia dice compartir: 1º. Uno

30 Esta situación es implícitamente reconocida por la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 599/2014 de 6 noviembre en la que el segundo motivo del recurso de casación denuncia la infracción del artículo 92 del Código Civil por aplicación incorrecta del principio de protección del menor considerando que la pernocta de dos días entre semana con el padre, que conlleva una equiparación con los tiempos que el menor pasa con sus progenitores, convierte la medida en una guarda y custodia compartida, aun cuando no se contempla la misma, en claro perjuicio del menor. Motivo que es desestimado pues no advierte el Tribunal en que forma puede afectar a un menor una equiparación de los tiempos de permanencia con uno y otro progenitor, sino es en favor y en beneficio del niño. Totalmente de acuerdo con la apreciación del Tribunal Supremo, pero, si esto es así, ¿no deberíamos estar hablando de custodia compartida de derecho y no solo de hecho?

de los principales problemas de la menor es el extenso periodo de tiempo en que diariamente permanece sola, habida cuenta el horario laboral de la madre, de 16,30 a 21,30 horas de lunes a viernes, salvo el miércoles que lo es de 13 a 21,30 horas, unido al horario de las visitas intersemanales establecidas a favor del progenitor no custodio, en lunes, miércoles y viernes de 13,30 h. a 16,45 h., y del inicio de los fines de semana alternos que corresponde al padre 20,30 h. del viernes. 2º. La solicitud de custodia compartida, bien por quincenas, bien por semanas alternas, no sería la solución por cuanto, en los periodos de tiempo en que la menor permanece bajo la custodia de la madre, se estaría ante la misma situación. Es por ello que se estima que solo mediante una ampliación del régimen de visitas a favor del progenitor no custodio queda debidamente tutelado el interés superior de la menor; de tal forma que con las visitas intersemanales en lunes, miércoles y viernes desde la salida del colegio hasta las 21,30 h. e inicio de los fines de semana alternos, a la salida del colegio el viernes, se evitaría la situación actual, siendo así que el progenitor no custodio, con independencia del horario laboral del mismo, al haber conformado una nueva unidad familiar, garantizaría que la menor estuviera en compañía de terceros durante tres tardes a la semana y por ende, debidamente controlada, lo cual vendría a favorecer, de un lado, la evolución escolar de la menor y, de otro, evitaría situaciones como las que ya han acaecido, y que suponen un perjuicio considerable para la misma. 3º. De este modo, resulta beneficioso el criterio de ampliación del horario los días que convive la menor con el progenitor no custodio, lo que favorece su evolución escolar y evita o palia determinados problemas padecidos en el pasado. 4º. La custodia compartida no es viable, siempre que se mantengan las actuales circunstancias.

La única circunstancia a la que alude la Sentencia es el excesivo tiempo que la menor pasa sola debido a la situación laboral de la madre que ejerce la guarda y custodia. Problema que se ve parcialmente solventado mediante la atribución de tres días de visitas intersemanales al padre, lo que implica que la menor continúa estando sola dos días. No son pocos los pronunciamientos judiciales que niegan el establecimiento de una custodia compartida con apoyo en el poco tiempo disponible que la jornada laboral deja a uno de los progenitores, justo el supuesto inverso al aquí considerado en el que quien tiene problemas de horarios es quien ostenta la custodia y a quien puede hacerse cargo del cuidado de la menor le es negado el establecimiento de una custodia compartida. Sorprende el fallo de la sentencia pues, ante unos mismos hechos, me atrevo a aventurar que un número importante de magistrados hubiera atribuido la guarda y custodia al padre con un régimen de visitas de fines de semana alternos a la madre, lo que podría haberse acordado por la Audiencia si partimos de que en esta materia los principios dispositivos y de rogación se encuentran atenuados, no pudiendo incurrir el juez en incongruencia *extra petita* si el beneficio del menor así lo exige y en este caso no puede estar más claro que así es cuando va a continuar permaneciendo solo

dos tardes a la semana. No solo no ha acontecido así, sino que “siempre que se mantengan las actuales circunstancias”, indica la Audiencia, tampoco procede la custodia compartida.

El otro ejemplo al que aludía no es otro que la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 346/2016 de 24 mayo que parte de un sistema de visitas que permite al padre las visitas intersemanales de lunes a viernes. En definitiva, todos los días de la semana que no son abarcados por lo que se considera el fin de la misma. Formulada demanda de modificación de medidas solicitando el cambio de custodia para que esta sea compartida, se desestima porque no se acredita que un sistema de cambio de guarda beneficie a los menores.

Pero vayamos por partes. En una primera época, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, con mejor criterio que en la actualidad, vino a reconocer que la custodia deviene compartida cuando “el padre no solo pretende ocuparse personalmente de su hija de su hija dos días laborables a la semana desde la salida del colegio hasta las 20 horas sino que pernocte en casa esas dos noches...”³¹.

En esta línea, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 585/2015 de 21 octubre estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de instancias inferiores que, reconociendo la capacidad de ambos progenitores, la vinculación afectiva de los menores con ambos y el compromiso y participación activa del padre en la crianza de los menores establece un amplísimo régimen de visitas al padre aproximándolo a la custodia compartida, pero sin instaurar esta. A la luz de lo expuesto, considera el Tribunal Supremo, en la sentencia recurrida se considera a la custodia compartida, *de facto*, como un sistema excepcional que exige una acreditación especial, cuando la doctrina jurisprudencial lo viene considerando como el sistema deseable cuando ello sea posible, no pudiendo aceptar que el mantenimiento provisional de un sistema de guarda por la madre, durante la separación de hecho, impida la adopción del sistema de custodia compartida. Si la edad de los menores no desincentiva tan amplio régimen de visitas tampoco debe ser la causa de excluir el sistema de custodia compartida³². En este sentido,

31 STS (Sala de lo Civil) de 29 de septiembre de 2009.

32 Igual acontece con la conflictividad en la SAP de Barcelona (Sección 18ª) núm. 329/2016 de 3 mayo. Teniendo como punto de partida la sentencia apelada en la que “la guarda de los dos hijos comunes será distribuida entre ambos progenitores, de manera que estarán bajo la guarda del padre en fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada en el mismo, así como todos los miércoles desde la salida del colegio hasta el jueves a la entrada en el mismo y los lunes siguientes a un fin de semana que no le haya correspondido desde la salida del colegio hasta las 21 horas en que los llevará al domicilio materno ya cenados y, en su caso, con los deberes hechos. El resto del tiempo estarán bajo la guarda de la madre. Las estancias de fines de semana se prolongarán a los días anteriores o siguientes al fin de semana en cuestión, en el caso de que los mismos sean festivos, así como en los llamados “puentes”. Si en un puente que correspondiera a la madre estuviera incluido el jueves, el padre le llevará los menores a su casa a las 10 de la mañana. Los días festivos sueltos intersemanales se repartirán alternativamente entre padre y madre, correspondiendo el primero que haya después de notificarse esta sentencia al padre, y así sucesivamente” considera que no es posible un régimen de custodia compartida en la medida en que existe una gran conflictividad entre las partes de la que da buena cuenta el hecho de que en seis años hayan tenido

señala la STS de 29 de noviembre de 2013, “que haya funcionado correctamente el sistema instaurado en medidas provisionales no es especialmente significativo para impedirlo no solo porque dejaría sin contenido los preceptos que regulan la adopción de las medidas definitivas si las provisionales funcionan correctamente, sin atender las etapas del desarrollo de las hijas, sino porque tampoco se valora como complemento el mejor interés de las menores en que se mantenga o cambie en su beneficio este régimen cuando, incluso, ya ha funcionado durante un tiempo y se reconoce que ambos cónyuges están en condiciones de ejercer la custodia de forma individual”. En consecuencia, se acuerda casar la sentencia recurrida por infracción del art. 92 del CC y jurisprudencia que lo desarrolla, dado que en este caso con el sistema de custodia compartida: a) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia. b) Se evita el sentimiento de pérdida. c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores. d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.

Es lo cierto que el Tribunal Supremo considera que no es posible un recurso de casación con la única finalidad de cambiar la denominación del régimen de custodia. Así, afirma, «no cabe recurso de casación para obtener un cambio de denominación en el sistema de custodia, pues el régimen de visitas no varía»³³.

Por extenso, insistiendo en esta idea, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 526/2016 de 12 septiembre refiere que se trata de una cuestión meramente semántica, si bien en el desarrollo de los fundamentos de la misma queda claramente de manifiesto que tal afirmación es falsa. Vayamos por partes:

1º. La sentencia que ahora se recurre en casación mantuvo el sistema de guarda y custodia exclusiva en favor de la madre con un amplio sistema de visitas paterno filiales de fines de semana alternos, mitades vacacionales y días intersemanales con pernocta.

2º. Se reconoce igual capacitación e implicación del padre en el cuidado y atención en todo orden de la hija, así como la idéntica disposición de infraestructura y medios, y excelente vinculación de la niña con este progenitor.

cinco procedimientos judiciales. Si hay conflictividad para acordar una custodia compartida, la hay para imponer un amplio régimen de visitas. Es más, cabe pensar en la posibilidad de que la custodia compartida plantee menos puntos de fricción que el sistema de visitas establecido en la Sentencia.

33 STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 595/2017 de 8 noviembre. En los hechos sometidos a la consideración de la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 564/2017 de 17 octubre el recurrente entiende que, dado que *de facto* el tiempo de estancia de la menor con cada uno de los progenitores es del 50%, debe denominarse tal sistema como custodia compartida -dos tardes con pernocta, fines de semana alternos y mitad de vacaciones-. Así las cosas, indica el Tribunal Supremo, “esta Sala debe declarar que no cabe recurso de casación para obtener un cambio de denominación en el sistema de custodia, pues el régimen de visitas no varía, dado que el recurrente pretende mantener el mismo sistema de estancias de los menores, que el conseguido en la última modificación de medidas, de lo que se deduce que no hay un cambio sustancial de circunstancias que justifique la pretensión del recurrente”.

3°. Ello no basta para acceder a lo pedido, “que por cierto, no es sino producto de la semántica, de quedarse en la literalidad de las palabras, cuando la única consecuencia práctica que derivaría del éxito de la pretensión quedaría en el plano de la denominación”, pues el interés de esta niña aconseja en todo caso el mantenimiento de la distribución que se ha efectuado en la instancia del tiempo disponible de la niña con uno y otro progenitor.

4°. “En el concreto supuesto que se enjuicia prácticamente se desarrolla una guarda y custodia compartida alternativa, en cuanto, reiteramos, se ha repartido el tiempo de permanencia con uno y otro progenitor de manera equitativa, en espacios cronológicos semejantes, de manera que al caso viene a ser tan solo nominal el mantenimiento de la guarda y custodia a la madre, sin necesidad de recurrir por ahora a otras medidas más drásticas”.

5°. “El recurso se entiende únicamente desde la idea de que bajo la cobertura de la guarda y custodia compartida que establece el artículo 92 del Código Civil, se deben adoptar medidas distintas con relación a la vivienda y alimentos que las que pudieran acordarse en los supuestos de guarda exclusiva de los hijos por uno de los progenitores”.

6°. La madre no trabaja desde que nació la niña y se ha dedicado en exclusiva a su cuidado, frente al padre cuyo trabajo le exige una dedicación de tiempo importante, con viajes al extranjero, con lo que este periodo de mayor convivencia de la madre con la niña en la que fue vivienda familiar va a permitir que la toma de decisiones habituales se mantenga en una misma dirección, que es lo que a la postre ha llevado a ambas instancias a adoptar la medida cuestionada en términos de razonada prudencia, y, por supuesto, en beneficio e interés de la menor, atendiendo a criterios reiteradamente expresados por esta sala sobre la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con la menor; a sus aptitudes personales; a los deseos manifestados por la niña; al número de hijos y al cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con la hija común.

Respecto a la expresión “sin necesidad de recurrir por ahora a medidas más drásticas” utilizada por el Tribunal Supremo ¡qué decir! No se plantea la privación de la patria potestad, ni la supresión del régimen de visitas, sino el establecimiento de una guarda y custodia compartida ¿es drástica la custodia compartida? ¿no es el propio Tribunal Supremo el que a partir de la Sentencia (Sala de lo Civil) núm. 623/2009 de 8 de octubre ha declarado como doctrina jurisprudencial que la custodia compartida, lejos de ser excepcional, es un sistema normal e incluso deseable? Pero es más, si para adoptar un sistema de custodia compartida, como la propia Sentencia indica, debe atenderse a criterios sobre la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con la menor; a sus aptitudes personales; a los

deseos manifestados por la niña; al número de hijos y al cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con la hija común y, como la misma resolución reconoce, el padre tiene igual capacitación e implicación en el cuidado y atención de todo orden de la menor, con excelente vinculación con la niña y esta tiene una edad cuyos deseos no son determinantes, no se explica el por qué no se concede una custodia compartida. Para concluir, el Tribunal Supremo resulta incongruente al afirmar que se trata de una cuestión meramente semántica para, a renglón seguido, indicar que la custodia exclusiva atribuida a la madre tiene como consecuencia que sea ella quien tome las decisiones habituales que tengan que ver con la hija común. Es verdad que el cambio de denominación también pudiera tener alguna repercusión en materia de prestación de alimentos y atribución del uso de la vivienda familiar en los términos que posteriormente me permitiré explicitar, pero ¿y por qué no?

Que la cuestión no se circunscribe a un cambio de denominación lo demuestra su repercusión en materia alimenticia pues, frente a la habitual imposición de una obligación de alimentos que se hace recaer sobre el progenitor no guardador en regímenes de custodia exclusiva, cuando de custodia compartida se trata, en opinión del Tribunal Supremo en Sentencia (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 390/2015 de 26 junio, en principio, el régimen de guarda y custodia comporta que cada progenitor, con ingresos propios, atienda directamente los alimentos cuando tenga consigo a la hija. El problema surge cuando existen diferencias sustanciales en los ingresos y recursos de uno con reparto al otro y no es posible cumplir la regla de atemperar los alimentos a las necesidades de los hijos y recursos de los padres - artículo 93 CC- especialmente en el momento en que estos permanecen bajo la custodia del menos favorecido. La misma idea subyace en las Sentencias (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 55/2016 de 11 febrero y núm. 133/2016 de 4 marzo en las que específicamente se declara que la custodia compartida no exime del pago de alimentos, cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges, o como en este caso, cuando la progenitora no percibe salario o rendimiento alguno, ya que la cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades del que los recibe, pero también al caudal o medios de quien los da³⁴. Con la misma base, las SSTs (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 658/2015 de 17 noviembre y núm. 545/2016 de 16 septiembre imponen a ambos progenitores satisfacerán directamente los alimentos del menor en su propio domicilio, abonando los gastos

34 Sumamente gráfica resulta la SAP de Islas Baleares (Sección 4ª) núm. 120/2016 de 22 abril al establecer que "la diferencia en la capacidad económica de los progenitores justifica, que aun existiendo una custodia compartida, el progenitor que posea superiores ingresos o medios económicos contribuya también a la obligación de alimentos de los hijos, mediante el pago de una pensión al otro progenitor, puesto que, permaneciendo inalterable la necesidad de los hijos, sería contrario a la regla de proporcionalidad del art. 145 y 147 CC y al principio del *favor filii*, su no establecimiento. No debemos olvidar que los hijos tienen derecho a compartir con sus padres, sin cicaterías, el nivel económico y medios de vida de que estos disfrutan y que para ello, en una situación de guarda compartida, se hace preciso en ocasiones, para que no se produzcan desequilibrios evidentes entre la vida con uno y otro progenitor, fijar a cargo del que está en mejor situación económica una pensión de alimentos".

ordinarios y extraordinarios al 50%, al no controvertirse la situación equilibrada de los ingresos de los padres. Establece excepciones a dicha regla la STS (Sala de lo Civil, Sección I^a) núm. 33/2016 de 4 febrero en la que se establece que “cada progenitor afrontará los alimentos en los periodos en que tenga la custodia del menor; con excepción de los de inicio del curso escolar (libros, material escolar, chándal, uniforme, si es el caso), que deberán compartirse que en cada periodo pese a la consideración de ordinarios. Los gastos extraordinarios se abonarán por mitad teniendo la consideración de tales los médico-farmacéuticos no cubiertos por la Seguridad Social, clases de apoyo escolar que pueda necesitar la menor y actividades extraordinarias consensuadas por ambas partes”. La SAP de Vizcaya (Sección 4^a) núm. 673/2015 de 9 diciembre fija en doscientos veinticinco euros al mes la contribución de los progenitores a los gastos ordinarios de la menor, de los que la madre satisfará una tercera parte y el padre las otras dos terceras partes. Por tanto, si bien la regla de la proporcionalidad en el pago de los alimentos rige en uno y otro tipo de custodia, en la práctica no es igual hacer recaer la obligación sobre el progenitor no custodio o sobre los dos, en el mismo o diferente tanto por ciento. Hay que pensar, no obstante, que el tiempo que el menor pasa con uno u otro progenitor habrá sido tenido en cuenta por el juzgador a la hora de fijar la cuantía de la prestación alimenticia, pero eso es mucho suponer³⁵.

El cambio tampoco es meramente semántico en materia de vivienda pues, frente a la aplicación a los supuestos de custodia exclusiva del primer párrafo del art. 96.I CC, que atribuye el uso de la vivienda familiar a los hijos comunes menores de edad y al progenitor en cuya compañía queden hasta que aquellos alcancen la mayoría de edad, ante el silencio legal, parece existir unanimidad a la hora de estimar que el primer párrafo del art. 96 CC, pensado para la guarda y custodia exclusiva o unilateral, no es aplicable a los supuestos de guarda y custodia compartida³⁶, siendo necesario acudir a las previsiones del segundo párrafo del mismo precepto legal³⁷. Referencias que, tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021,

35 Vid. ORDÁS ALONSO, M.: *La cuantificación de las prestaciones periódicas en las crisis de pareja. Alimentos, pensión compensatoria, compensación por trabajo doméstico, ruptura de las parejas de hecho*, Bosch, Barcelona, 2017.

36 SAP de Salamanca (Sección I^a) núm. 332/2016 de 18 julio. Vid. ORDÁS ALONSO, M.: *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Bosch, Barcelona, 2018.

37 Por extenso, indica GONZÁLEZ DEL POZO (en “El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida”, *Diario La Ley*, 2009, p. 1) “los efectos que aquí interesan, existe una evidente identidad de razón entre el supuesto de guarda y custodia conjunta o compartida y el de guarda partida o repartida: en ambos casos, la guarda y custodia sobre los hijos menores, o, si se prefiere, el ejercicio efectivo de la patria potestad sobre los hijos desarrollado a través de convivencia habitual con los mismos, se ejerce por ambos progenitores y no sólo por uno de ellos. En el caso de la custodia compartida, cada uno ejercita las funciones inherentes a la custodia sobre todos los hijos, que permanecen juntos, pero de forma alterna o sucesiva y en periodos de estancia preestablecidos. Cada progenitor ejerce la custodia sobre todos los hijos en periodos alternos. En el caso de la custodia partida, cada progenitor ejercerá la custodia de forma permanente o indefinida pero sólo sobre uno o varios hijos. Mientras en la guarda compartida, lo que se reparte son los periodos de tiempo en que cada progenitor ejercita la función de guarda y custodia de todos los hijos menores comunes, en la guarda partida, se produce una distribución o reparto de los hijos entre los progenitores y se separa a los hermanos, ejerciéndose la custodia sobre cada uno o varios de ellos por un progenitor de forma permanente e indefinida”.

de 2 de julio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica hay que entender efectuadas al art. 96.1, párrafo cuarto, CC toda que vez que la reforma del mismo continúa sin contemplar expresamente la atribución del uso de la vivienda familiar en supuestos de la guarda y custodia compartida³⁸.

Esta es la tesis mantenida por el Tribunal Supremo desde la ya famosa Sentencia (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 593/2014 de 24 octubre³⁹ a cuyo tenor “lo cierto es que el artículo 96 establece como criterio prioritario, a falta de acuerdo entre los cónyuges, que el uso de la vivienda familiar corresponde al hijo y al cónyuge en cuya compañía queden, lo que no sucede en el caso de la custodia compartida al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos; supuesto en el que la norma que debe aplicarse analógicamente es la del párrafo segundo que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver “lo procedente”. Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero. En ambos casos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos, y que no sería posible en el supuesto del párrafo primero de la atribución del uso a los hijos menores de edad como manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC”.

38 Vid. ORDÁS ALONSO, M.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en la nueva redacción del art. 96 CC fruto de la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, en CHAPARRO MATAMOROS, P.: *La vivienda en las crisis familiares*, Tirant lo Blanch, Valencia, (en prensa).

39 STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 593/2014 de 24 octubre, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 434/2016 de 27 junio, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 522/2016 de 21 julio, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 183/2017 de 14 marzo, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 513/2017 de 22 septiembre, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 517/2017 de 22 septiembre, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 95/2018 de 20 febrero. SAP de Málaga (Sección 6ª) núm. 215/2016 de 31 marzo, SAP de Alicante (Sección 9ª) núm. 322/2016 de 14 julio, SAP de Castellón (Sección 2ª) núm. 103/2016 de 13 septiembre, SAP de Madrid (Sección 22ª) núm. 291/2017 de 29 marzo, SAP de Valencia (Sección 10ª) núm. 347/2017 de 12 abril. Sirva como ejemplo la SAP de Málaga (Sección 6ª) núm. 782/2015 de 15 diciembre a cuyo tenor “siendo el interés que se protege en el artículo 96 CC, no la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, ante la ausencia de normas que regulen la guarda y custodia compartida y el criterio establecido en el artículo 154 CC, es de aplicación analógica el artículo 96 a casos como el enjuiciado de forma que permite la atribución de la vivienda a uno solo de los progenitores custodios, conclusión que viene reforzada con la norma contenida en el mismo artículo 96 a continuación de la analizada al dejar a criterio de los Tribunales atribuir el uso de la vivienda a uno u otro de los progenitores “cuando alguno de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro”, pues esta norma implica una ruptura del binomio custodia-vivienda en casos similares a los de la guarda y custodia compartida pues si bien no contempla el supuesto de que el mismo hijo esté bajo la guarda y custodia de ambos progenitores, sí está previendo que ambos progenitores sean custodios y sin embargo solo se otorga el uso de la vivienda familiar a uno de ellos”.

Las ideas clave que se derivan de la opinión jurisprudencial expuesta pueden sintetizarse en las siguientes: 1. El precepto aplicable es el segundo párrafo del art. 96 CC, hoy art. 96.1, cuarto párrafo, CC. 2. Habrá que atender al interés más necesitado de protección tal y como dicho artículo impone y este interés se concreta en aquella atribución del uso que permita compaginar los periodos de estancia de los hijos con ambos progenitores, en definitiva, que permita el efectivo ejercicio de una guarda y custodia compartida. 3. No es indiferente la titularidad dominical de la vivienda. 4. A diferencia de lo que acontece bajo el ámbito de aplicación del primer párrafo del art. 96 CC, es posible imponer una limitación temporal a la atribución de dicho uso.

Ahora bien, el establecimiento de una duración temporal a la atribución del uso de la vivienda familiar que la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 593/2014 de 24 octubre admite como mera posibilidad es elevado a requisito imprescindible en posteriores pronunciamientos del Tribunal Supremo en la medida en que, partiendo de la aplicación analógica del segundo párrafo del art. 96 CC, hoy párrafo cuarto del art. 96.1CC, que permite al juez resolver “lo procedente” y teniendo en cuenta el factor más necesitado de protección, que no es otro que el que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con ambos padres, continúa estableciendo que “existe un interés sin duda más prevalente (STS de 15 de marzo de 2013) que es el de los menores a una vivienda adecuada a sus necesidades, que, conforme a la regla dispuesta en el art. 96 CC, se identifica con la que fue vivienda familiar hasta la ruptura del matrimonio. Teniendo en cuenta tales factores o elementos a ponderar «esta Sala, al acordar la custodia compartida, está estableciendo que la menor ya no residirá habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitará en el domicilio de cada uno de los progenitores, no existiendo ya una residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a la menor y al padre o madre que con el conviva, pues ya la residencia no es única, por lo que de acuerdo con el art. 96.2 CC, aplicado analógicamente, a la vista de la paridad económica de los progenitores, se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un año, con el fin de facilitar a ella y a la menor (interés más necesitado de protección), la transición a una nueva residencia, transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales”⁴⁰.

A modo de síntesis, por más que el Tribunal Supremo insista, la solicitud de una custodia compartida cuando ya se tiene un régimen de visitas que iguala el tiempo

40 STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 215/2016 de 6 abril, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª). 545/2016 de 16 septiembre, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 42/2017 de 23 enero, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 110/2017 de 17 febrero, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 183/2017 de 14 marzo, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 294/2017 de 12 mayo, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 513/2017 de 22 septiembre, SAP de Vizcaya (Sección 4ª) núm. 420/2016 de 30 junio, SAP de Barcelona (Sección 12ª) núm. 263/2017 de 9 marzo, SAP de Cáceres (Sección 1ª) Sentencia núm. 146/2017 de 21 marzo,

entre ambos progenitores no se trata de un mero cambio de denominación, no es una mera cuestión semántica. Así lo viene a reconocer expresamente el Tribunal Supremo en Sentencia núm. 656/2021 de 4 de octubre al afirmar que “la paridad temporal que establece el juzgado es en base a las mutuas aptitudes de los progenitores y de sus circunstancias personales, por lo que no se encuentra razón para eludir el *nomen* del sistema de custodia compartida, que *de facto* se ha establecido” y, a continuación, tratar la cuantía de la prestación alimenticia y la atribución del uso de la vivienda familiar con arreglo a la doctrina jurisprudencial establecida para los supuestos de custodia compartida.

Si el problema viene dado porque la custodia compartida se solicita con el mismo reparto de días que ya se está llevando a cabo, pidiendo el cambio de una guarda y custodia compartida “de hecho” por otra de derecho o simplemente nominal y, a decir del Tribunal Supremo, «no cabe recurso de casación para obtener un cambio de denominación en el sistema de custodia, pues el régimen de visitas no varía»⁴¹, quedará el recurso de solicitar una modificación del régimen de visitas, que a buen seguro tendrá poco éxito en sí mismo considerado en la medida en que ya han sido amplísimamente concedidas, pero que quien sabe si, en ese caso, el Tribunal estimará posible el cambio de régimen de guarda. En todo caso, la postura del Tribunal Supremo negando el establecimiento de una custodia compartida, pero concediendo un amplísimo régimen de visitas, en supuestos en que se reconoce la capacidad de ambos progenitores para el ejercicio de la misma entra en abierta contradicción con la doctrina del mismo Tribunal según la cual la custodia compartida, dadas las múltiples ventajas que representa para el menor, debe ser el sistema normal, que no excepcional.

Ahora bien, otro argumento del Tribunal Supremo en defensa de su errática tesis viene dado por el hecho de que “si se atiende a las necesidades intersemanales de los menores, tanto personales como escolares, en función de la edad actual de los mismos, el régimen propuesto de pernocta de dos días intersemanales con el padre, no es el más propicio para un régimen de guarda y custodia compartida, por compadecerse más con un régimen monoparental con amplitud de comunicación y visitas para el custodio. Si se acude al régimen de guarda y custodia compartida ha de ser para que los menores tengan estabilidad alternativa con ambos progenitores, sin verse sujetos a situaciones incómodas en sus actividades escolares, extraescolares o personales, durante la semana»⁴². Si las pernoctas intersemanales no son lo más propicio para los menores, y la guarda y custodia compartida les otorgaría estabilidad, sin verse sometidos a situaciones incómodas, ¿por qué no se acuerda la guarda y custodia compartida? No en todos,

41 STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 595/2017 de 8 noviembre.

42 STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 553/2016 de 20 septiembre, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 48/2017 de 26 enero, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 413/2017 de 27 junio.

pero en la mayoría de los supuestos, tan amplio régimen de visitas es la respuesta del juzgador a la estimación de una pretensión que ha sido solicitada con carácter subsidiario, habiendo pedido en primer lugar el establecimiento de una custodia compartida que no prospera. Concédase la custodia compartida y el menor saldrá ganando en estabilidad, pero no se diga que tan amplio régimen, que de hecho equipara los tiempos de disfrute entre los progenitores, se compeadece mal con la custodia compartida cuando obedecen a una decisión del juzgador que descarta esta “aun cuando ambos reúnen las aptitudes requeridas”.

En este sentido, me quedo con la opinión del Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de septiembre de 2009, pudiendo afirmar que el elemento esencial para que pueda hablarse de custodia compartida es la convivencia entre los progenitores custodios y los menores, lo que no supone un reparto equitativo y absolutamente paritario de estancias con cada uno de los progenitores, sino que el reparto de tiempo deberá fijarse en cada caso concreto atendidas las circunstancias concurrentes. Pero la custodia deviene compartida cuando el progenitor no custodio no solo se ocupa personalmente de su hija dos días laborables entre semana sino que pernocta con él esas dos noches. Producida la pernocta y existiendo una clara voluntad de ejercer una coparentalidad responsable, el límite entre una y otra modalidad de guarda debe fijarse en términos de asunción y visibilización de la responsabilidad parental⁴³.

Para concluir, el cambio jurisprudencial acontecido a partir de la Sentencia (Sala de lo Civil) núm. 623/2009 de 8 de octubre, configurando la custodia compartida como un sistema normal y no excepcional, abre la vía para el planteamiento de incidentes de modificación de medidas para remplazar custodias exclusivas por custodias compartidas, sin necesidad de fundar la pretensión modificadora en un cambio de circunstancias que se tuvieron en cuenta al adoptar la medida. De tal modo que, siendo la fecha de la sentencia de nulidad, separación o divorcio o, en su caso, de medidas paterno-filiales anterior al 8 de octubre de 2009 el solo cambio de criterio jurisprudencial es fundamento suficiente para sostener las pretensiones que se ejercitan en la demanda⁴⁴. Así lo entiende, con acierto, la SAP de Vizcaya (Sección 4ª) núm. 420/2016 de 30 junio que, a mayor abundamiento, considera que no existe fundamento para poner en duda la alegación del recurrente de que no solicitó, al momento del divorcio la guarda y custodia compartida, por la dificultad de su obtención en vía judicial, pues así era la realidad, pues en la fecha del dictado de la sentencia recurrida el régimen de custodia compartida era ciertamente incierto, y sin que además, del hecho de no haber solicitado la

43 SAP de Barcelona (Sección 12ª) núm. 100/2015 de 24 febrero.

44 Comparte esta tesis la STS (Sala de lo Civil) núm. 654/2018 de 20 noviembre. En la doctrina, ÁLVAREZ OLALLA, P.: “Custodia compartida y modificación de medidas”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 110, 2019. En contra, MARTÍNEZ CALVO, J.: *La guarda y custodia*, 2019, p. 536; STS (Sala de lo Civil) núm. 249/2018 de 25 abril.

custodia en un momento determinado, se pueda concluir sin matices, una falta de interés o falta de dedicación al cuidado de su hijo, sin que en ningún caso, se pueda prohibir de forma definitiva, efectuar una solicitud de una custodia compartida, si concurren los presupuestos necesarios para hacerlo

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ OLALLA, P.: "Custodia compartida y modificación de medidas", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n° 110, 2019.

CAMPO IZQUIERDO, J.L.: "La conflictividad y los procesos matrimoniales", *Boletín de Derecho de Familia El Derecho*, 2006.

GARCÍA PRESAS, I.: *Guarda y custodia de los hijos*, Juruà, Lisboa, 2015.

GONZÁLEZ DEL POZO: "El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida", *Diario La Ley*, 2009

LÓPEZ-BREA MARTÍNEZ, M^a C.: "El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida y tras la liquidación del patrimonio ganancial", en *El derecho de familia ante la crisis económica. La liquidación de la sociedad legal de gananciales*, Dykinson, Madrid, 2010.

MARTÍNEZ CALVO, J.: *La guarda y custodia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MORENO VELASCO, V.: "La custodia compartida. Dos cuestiones prácticas: supuestos contenciosos sin acuerdo de los progenitores y formas de ejercicio", *Boletín de Derecho de Familia*, 2009.

ORDÁS ALONSO, M.: *La cuantificación de las prestaciones periódicas en las crisis de pareja. Alimentos, pensión compensatoria, compensación por trabajo doméstico, ruptura de las parejas de hecho*, Bosch, Barcelona, 2017.

ORDÁS ALONSO, M.: *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Bosch, Barcelona, 2018.

ORDÁS ALONSO, M.: *El régimen de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*, Bosch, Barcelona, 2019.

ORDÁS ALONSO, M.: "La atribución del uso de la vivienda familiar en la nueva redacción del art. 96 CC fruto de la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", en CHAPARRO MATAMOROS, P.: *La vivienda en las crisis familiares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

PÉREZ CONESA, C.: "Concesión de la custodia de los menores a ambos progenitores conjuntamente y atribución de la vivienda familiar (STS de 16 de abril de 2016)", en *Guía práctica de las crisis matrimoniales*, Aranzadi, Navarra, 2017.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El derecho de visita*, 1997.

VALLESPÍN PÉREZ, D.: “La necesidad de “concretar judicialmente” el régimen de visitas o estancias con los hijos, como mecanismo de “atenuación” de futuras soluciones conflictivas entre los progenitores involucrados en un divorcio contencioso”, *Práctica de Tribunales*, nº 108, 2014, LA LEY 2578/2014.