

# CUSTODIA COMPARTIDA

# PASO A PASO

**Análisis de las posturas jurisprudenciales establecidas por el CGPJ para decidir sobre la custodia compartida de los hijos tras la ruptura de la pareja**

**2.º EDICIÓN 2023**

Incluye formularios





# **CUSTODIA COMPARTIDA**

Análisis de las posturas jurisprudenciales establecidas por el CGPJ para decidir sobre la custodia compartida de los hijos tras la ruptura de la pareja

**2.º EDICIÓN 2023**

**Obra realizada por el Departamento de Documentación de Iberley**

**COLEX 2023**

Copyright © 2023

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos ([www.cedro.org](http://www.cedro.org)) garantiza el respeto de los citados derechos.

Editorial Colex S.L. vela por la exactitud de los textos legales publicados. No obstante, advierte que la única normativa oficial se encuentra publicada en el BOE o Boletín Oficial correspondiente, siendo esta la única legalmente válida, y declinando cualquier responsabilidad por daños que puedan causarse debido a inexactitudes e incorrecciones en los mismos.

Editorial Colex S.L. habilitará a través de la web [www.colex.es](http://www.colex.es) un servicio online para acceder a las eventuales correcciones de erratas de cualquier libro perteneciente a nuestra editorial, así como a las actualizaciones de los textos legislativos mientras que la edición adquirida esté a la venta y no exista una posterior.

© Editorial Colex, S.L.  
Calle Costa Rica, número 5, 3.º B (local comercial)  
A Coruña, 15004, A Coruña (Galicia)  
[info@colex.es](mailto:info@colex.es)  
[www.colex.es](http://www.colex.es)

I.S.B.N.: 978-84-1359-831-4  
Depósito legal: C 321-2023

# SUMARIO

<b>1. APROXIMACIÓN A LA FIGURA DEL DIVORCIO EN EL CÓDIGO CIVIL</b> . . . . .	11
<b>2. LA CUSTODIA COMPARTIDA: EVOLUCIÓN LEGISLATIVA</b> . . . . .	15
<b>3. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO Y EN LA CUSTODIA COMPARTIDA</b> . . . . .	21
<b>4. LA CUSTODIA COMPARTIDA Y EL PERIODO DE LACTANCIA</b> . . . . .	29
<b>5. LA CUSTODIA COMPARTIDA Y LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR</b> . . . . .	33
<b>6. DERECHO DE VISITAS Y COMUNICACIÓN DE LOS ABUELOS EN LA CUSTODIA COMPARTIDA</b> . . . . .	43
<b>7. LA CUSTODIA COMPARTIDA EN CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO O SOBRE LOS MENORES</b> . . . . .	47
<b>8. LA CUSTODIA DE LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA</b> . . . . .	61
<b>9. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LOS CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA</b> . . . . .	65
9.1. Las primeras sentencias del Tribunal Supremo tras la Ley 15/2005, de 8 de julio . . . . .	66
9.2. Recurso de casación en materia de guarda y custodia . . . . .	69
9.3. Criterios marcados por el TS para adoptar la guarda y custodia compartida . . . . .	70
9.4. Supuestos para la fijar la custodia compartida: aclaración de circunstancias . . . . .	73
9.5. Cambios de circunstancias . . . . .	84
<b>10. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA SOBRE LA CUSTODIA COMPARTIDA</b> . . . . .	91
10.1. Análisis de las sentencias del TSJ de Aragón sobre custodia compartida . . . . .	92
10.2. Análisis de las sentencias del TSJ de Cataluña . . . . .	96
10.3. Análisis de las sentencias de los TSJ de Navarra y País Vasco . . . . .	103

<b>11. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES SOBRE LA CUSTODIA COMPARTIDA . . . . .</b>	<b>107</b>
11.1. ¿Cuáles son los criterios tenidos en cuenta por las AP a la hora de decantarse por un régimen de custodia en concreto? . . . . .	109
11.2. La organización de los tiempos entre progenitores según el régimen de custodia . . . . .	112
11.3. La custodia compartida y su relación con los alimentos y la vivienda familiar . . . . .	113
11.4. Carencias detectadas por el CGPJ en las sentencias de las AP sobre custodia compartida . . . . .	115
11.5. Nuevas tendencias jurisprudenciales de las AP sobre la custodia compartida . . . . .	124

**ANEXO.  
FORMULARIOS**

Convenio regulador de divorcio con guarda y custodia compartida y liquidación del régimen económico. . . . .	139
Solicitud de modificación de medidas de mutuo acuerdo (guarda y custodia compartida). . . . .	145
Demanda de separación contenciosa con hijos. Guarda y custodia compartida. . . . .	151
Solicitud de medidas paterno filiales (guarda y custodia compartida) . . . . .	159
Demanda de divorcio contencioso solicitando custodia compartida, con petición subsidiaria de custodia exclusiva . . . . .	165
Demanda de divorcio. Hijos menores y dependientes económicamente. Medidas cautelares. Guarda y custodia compartida no deseable. . . . .	175
Contestación a demanda de separación. Guarda y custodia compartida no homogénea . . . . .	185
Contestación a demanda de divorcio con solicitud de guarda y custodia compartida. . . . .	189
Contestación a demanda de modificación de medidas definitivas. Guarda y custodia. Desavenencia entre progenitores . . . . .	197
Demanda de modificación de medidas definitivas. Guarda y custodia compartida semanalmente. . . . .	203
Demanda de solicitud de modificación de medidas definitivas acordadas en sentencia de separación o divorcio: atribución de la guarda y custodia de hijos menores . . . . .	209
Demanda de solicitud de visitas a favor de los abuelos. . . . .	215
Contestación a la demanda sobre visitas entre abuelos y nietos . . . . .	219
Demanda de divorcio contencioso solicitando custodia compartida de animal de compañía, con petición subsidiaria de custodia exclusiva . . . . .	223

**El contenido de esta obra está desarrollado en gran parte sobre el estudio realizado por el Consejo General del Poder Judicial y publicado en la página web del Poder Judicial. El mencionado trabajo se puede consultar en el siguiente enlace:**

<https://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/OBSERVATORIO%20DE%20VIOLENCIA%20DOM%3%89STICA/ESTUDIOS/FICHERO/20200710%20Gu%3%ADa%20de%20criterios%20de%20actuaci%3%B3n%20judicial%20en%20materia%20de%20custodia%20compartida.pdf>



# 1. APROXIMACIÓN A LA FIGURA DEL DIVORCIO EN EL CÓDIGO CIVIL

## El divorcio

### || ¿Qué es el divorcio?

El **divorcio** supone la disolución del vínculo matrimonial y la posibilidad de volver a contraer matrimonio en el orden civil. Implica la extinción del régimen de los derechos y obligaciones que se generan en el momento del matrimonio, a excepción (por cuanto en nuestro ordenamiento no existe diferencia alguna entre los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales) de las relativas a los hijos de ambos cónyuges.

La presente materia ha sufrido cambios sustanciales en los últimos años. Así, por medio de la **Ley 15/2005, de 8 de julio**, se procedió a modificar el Código Civil y la LEC, eliminándose como requisito para el divorcio el cumplimiento de las causas legales existentes hasta el momento y se permitió que se pudiese solicitar el divorcio a los tres meses de la celebración del matrimonio sin necesidad de separarse previamente ni de alegar causa alguna (de ahí la denominación popular de «divorcio exprés»).

Pueden diferenciarse dos formas de inicio en el proceso de divorcio, en atención al grado de acuerdo existente entre los cónyuges:

- a) **Divorcio de mutuo acuerdo.** Se produce cuando lo solicitan ambos cónyuges o uno con el consentimiento del otro, siendo requisitos necesarios el transcurso de 3 meses desde la celebración del matrimonio y la presentación de un convenio regulador junto con la interposición de la demanda (artículo 87 del Código Civil).
- b) **Divorcio contencioso.** Tiene lugar cuando lo solicita un solo cónyuge o, cuando, pidiéndolo los dos, no hay acuerdo sobre el contenido del convenio regulador. Es necesario que hayan transcurrido al menos 3 meses desde la celebración del matrimonio, y que la parte conyugal que interponga la demanda la acompañe de una petición de las medidas definitivas que han de regular los efectos del divorcio (art. 86 del Código Civil).

**CUESTIÓN**

**¿La sentencia de divorcio debe siempre aceptar las medidas tomadas en la anterior separación judicial, o bien pueden producirse efectos distintos cuando las circunstancias han cambiado o sean inútiles las anteriores medidas acordadas en el proceso de separación?**

Como regla general, los efectos de la separación se consolidan con el divorcio, si bien, no siempre debe de ser así, porque el divorcio es una situación nueva que puede dar lugar a unos efectos distintos a la separación derivados de su propia naturaleza extintiva del matrimonio, de acuerdo con el artículo 86 del Código Civil. El divorcio es distinto de la separación y por ello pueden replantearse todas las medidas tomadas en un inicio en el procedimiento de separación, en este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo n.º 825/2011, de 23 de noviembre, ECLI:ES:TS:2011:7666.

## **Acción de divorcio**

### **|| ¿Cuándo se extingue la acción de divorcio?**

Existen dos causas que extinguen la acción del divorcio (artículo 88 del Código Civil):

- La **muerte** de cualquiera de los cónyuges (o la declaración de fallecimiento) hará que se extinga la acción sea cual fuere la fase procesal en la que se halle el procedimiento.
- La **reconciliación** que deberá ser expresa cuando se produzca después de interpuesta la demanda. La reconciliación posterior al divorcio no produce efectos legales, si bien, los divorciados podrán contraer nuevo matrimonio (artículo 88 del Código Civil).

### **|| Legitimación para ejercitar la acción de divorcio**

En cuanto a la **legitimación**, se considera que ostentan legitimación activa para interponer la **acción del divorcio**, conforme a lo establecido en el artículo 86 del Código Civil, los dos cónyuges. Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81 del Código Civil.

### **|| ¿Desde qué momento se producirán los efectos derivados del divorcio?**

Los efectos del divorcio (artículo 89 del Código Civil) se producirán desde que adquiera firmeza la sentencia o el decreto que así lo declare, o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el ya mencionado artículo 87 del Código Civil.

Esta sentencia generará una serie de efectos directos e indirectos, entre los que destacan: la disolución del matrimonio, la disolución del régimen

económico matrimonial, la recuperación por las partes de la opción de poder volver a celebrar un nuevo matrimonio y la desaparición de presunción de paternidad. No perjudicará a terceros de buena fe hasta su respectiva inscripción en el Registro Civil.

## Las medidas paternofiliales

Por medidas paterno filiales entendemos aquellas que regulan las relaciones de los progenitores con sus hijos, y pueden darse tanto en aquellos supuestos en los que no existió matrimonio, como en los que el mismo finalizó con una separación o un divorcio.

Estas medidas pueden ser **establecidas en su caso por los progenitores de mutuo acuerdo** a través de un convenio regulador, o bien **impuestas por un juez** en una resolución judicial.

La Ley de Enjuiciamiento Civil en su art. 748 recoge que las disposiciones del título I, del libro IV, referido a los procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, filiación, matrimonio y menores, serán aplicables, entre otros a:

- Los procesos de nulidad del matrimonio, separación y divorcio y los de modificación de medidas adoptadas en ellos.
- Los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores.

Es decir, a la hora de regular las medidas paternofiliales se acudirá a las mismas normas, independientemente de que los progenitores hubiesen o no contraído matrimonio, con las especificidades que para cada caso se recogen en el capítulo IV, del mentado título, referido a los procesos matrimoniales y de menores.

Conviene destacar el art. 770 de la LEC, que regula el procedimiento en los casos de separación y divorcio, estableciendo en su regla sexta que:

«En los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados en nombre de los hijos menores, para la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas a dichos procesos se seguirán los trámites establecidos en esta Ley para la adopción de medidas previas, simultáneas o definitivas en los procesos de nulidad, separación o divorcio».

### CUESTIÓN

**¿Qué debe contener el convenio regulador en el que se establecen unas medidas paternofiliales?**

El art. 90.1 del Código Civil dispone que el Convenio Regulador deberá contener los siguientes extremos:

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

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

*b) bis El destino de los animales de compañía, en caso de que existan, teniendo en cuenta el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal; el reparto de los tiempos de convivencia y cuidado si fuere necesario, así como las cargas asociadas al cuidado del animal.*

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

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

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

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

## 2. LA CUSTODIA COMPARTIDA: EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

### Concepto de custodia compartida y evolución legislativa

El término «custodia compartida» hace referencia a la figura mediante la que nuestro ordenamiento jurídico establece la **participación de ambos progenitores en el proceso de crianza y desarrollo de sus hijos**, estableciendo un **régimen de convivencia equitativo** (adecuado a las circunstancias que concurren en cada situación familiar).

Este régimen conlleva la implicación de los dos progenitores en todo lo relacionado con la alimentación, vestido, habitación, etc. de sus hijos. La institución de la custodia compartida implica la **coparentalidad**, esto es, la efectiva equiparación de responsabilidades de los progenitores en las tareas ordinarias de los hijos, constituyéndose así una implicación equilibrada y equitativa en el desempeño de estas. En este sentido, cabe destacar que el régimen de guarda y custodia compartida requiere una especial colaboración de ambos progenitores en lo que, al respeto, la colaboración y responsabilidad se refiere, primando el interés y el bienestar de los menores por encima de los intereses de aquellos.

El carácter compartido de la institución de la custodia no fue integrado de forma expresa en nuestro ordenamiento jurídico (artículos 92.5, 92.6 y 92.7 del Código Civil) hasta la promulgación de la Ley 15/2005, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, motivo por el cual los tribunales se han visto obligados a un incesante trabajo de adecuación entre la realidad social y la regulación en materia de familia.

En la **fase preconstitucional**, ninguna de las normas reguladoras en materia de guarda y custodia (Ley de Matrimonio civil de 1870, CC de 1889 —y sus proyectos— y Ley de 24 de abril de 1958 de modificación del CC) contemplaban el principio del interés superior del menor a la hora de establecer el régimen de guarda y custodia, pues por entonces regía el denominado como criterio de culpabilidad o inocencia en la disolución matrimonial, por lo que en absoluto se contemplaba la institución de lo que hoy conocemos como custodia compartida.

Con la promulgación de la Constitución Española de 1978, se lleva a cabo una actualización de diversos conceptos del derecho de familia con el fin de adaptarlos a la realidad social y jurídica que el momento requería, y mediante el artículo 39 de la Constitución Española se establecen valores esenciales, tales como la protección de la familia, la protección integral de los hijos, la igualdad, la asistencia, etc. Si bien, no fue hasta el año 1981 cuando realmente comenzó a promulgarse una regulación adaptada a la realidad social, resultando trascendental en materia de familia. Estos cambios vinieron de la mano de las siguientes normas:

- La Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, a través de la que se producen dos importantes cambios. De un lado, se reconoce el derecho de los dos progenitores a relacionarse con sus hijos menores, estuvieran o no en ejercicio de la patria potestad (artículos 94 y 160 del Código Civil) y de otro, la equiparación jurídica de los progenitores en relación con la patria potestad al establecer el artículo 156 del CC, que «La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro».
- La Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio del Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, mediante la que se introduce, de nuevo, la figura del divorcio. Asimismo, con la promulgación de esta ley comienza a fortalecerse en nuestro ordenamiento jurídico el principio, hoy a todas luces instaurado, relativo al interés superior del menor en materia de guarda y custodia, a través de la supresión del hasta entonces criterio de culpabilidad-inocencia establecido. Sin embargo, y en lo que se refiere a la posibilidad de una custodia compartida, esta ley apenas resultó novedosa y, tal y como se establece en el artículo 159 del Código Civil, solo se permitía este tipo de custodia en determinados supuestos y siempre y cuando los progenitores hubiesen alcanzado este tipo de acuerdo.

En consecuencia, y pese a la promulgación de las citadas leyes, la tendencia jurisprudencial seguida en un primer momento continuó hacia la atribución de una custodia en exclusiva para uno de los progenitores (normalmente a favor de la madre). Si bien, es cierto que, esta tendencia fue cambiando con el paso del tiempo, adaptándose así nuestros tribunales a la realidad social del momento, integrándose el criterio favorable hacia una guarda y custodia compartida mantenida por estos a través de 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, momento en el que el carácter compartido de la institución de guarda y custodia fue integrada definitivamente y de forma expresa en nuestro ordenamiento jurídico (artículos 92.5, 92.6 y 92.7 del Código Civil).

Sin embargo, a pesar de haberse introducido a través de la Ley 15/2005, de 8 de julio, la denominada guarda y custodia compartida, la misma **no regula aspectos fundamentales en su adopción** como son los alimentos, la vivien-

da familiar, los tiempos de convivencia, etc., sino que únicamente dispone que dicha institución podrá acordarse cuando se solicite de común acuerdo por los padres en convenio regulador o en el transcurso del procedimiento, o cuando lo pida uno de ellos, con informe favorable del Ministerio Fiscal (artículo 92 del Código Civil). Por tanto, y como nada se dice respecto a la manera de articular de manera efectiva y real la guarda y custodia compartida, ha sido jurisprudencialmente como se han ido marcando las pautas sobre el desarrollo de esta institución.

## JURISPRUDENCIA

**STS n.º 175/2021, de 29 de marzo, ECLI:ES:TS:2021:1226**

*«La doctrina de la Sala sobre la guardia y custodia compartida*

*Esta Sala se muestra totalmente favorable a la medida de la custodia compartida como mecanismo para mantener vivos los lazos de unión y afectividad inherentes a las relaciones entre los progenitores con sus hijos. En este sentido hemos establecido que:*

*A) La adopción de la medida definitiva de la custodia compartida se halla condicionada al interés y beneficio de los menores y es reputada abstractamente beneficiosa, en tanto en cuanto: 1) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; 2) Se evita el sentimiento de pérdida; 3) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores; 4) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores.*

*En este sentido, las sentencias, 433/2016, de 27 de junio; 526/2016, de 12 de septiembre; 545/2016, de 16 de septiembre; 413/2017, de 27 de junio; 442/2017, de 13 de julio y 654/2018, de 30 de noviembre, entre otras.*

*B) No se trata de una medida excepcional, sino por el contrario normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea (sentencias 526/2016, de 12 de septiembre; 545/2016, de 16 de septiembre; 553/2016, de 20 de septiembre; 559/2016, de 21 de septiembre; 442/2017, de 13 de julio; 630/2018, de 13 de noviembre o 311/2020, de 16 de junio, entre otras).*

*C) Con este régimen se pretende acercar al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental, así como participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos (sentencias 386/2014, 2 de julio; 393/2017, de 21 de junio; 311/2020, de 16 de junio y 559/2020, de 26 de octubre, entre otras).*

*D) Son criterios determinantes para enjuiciar su procedencia: 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 (sentencias 242/2016, 12 de abril; 369/2016, de 3 de junio; 545/2016, de 16 de septiembre; 559/2016, de 21 de septiembre; 116/2017, de 22 de febrero y 311/2020, de 16 de junio; entre otras muchas).*

# CUSTODIA COMPARTIDA

# PASO A PASO

En esta guía analizaremos de forma detallada la institución de la guarda y custodia compartida toda vez que, en la actualidad, y de conformidad con la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo, esta institución se erige como aquel sistema de guarda legal normal e incluso deseable.

A lo largo de la presente obra, y de la mano del estudio elaborado por el Consejo General del Poder Judicial por el que se fijan y estipulan aquellos criterios que deben ser tenidos en cuenta en la actuación judicial en materia de custodia compartida, llevamos a cabo un pormenorizado análisis del principio fundamental que rige en esta materia –el interés del menor–, la evolución legislativa, así como un exhaustivo estudio de los criterios y pronunciamientos mantenidos por nuestros tribunales en esta materia a lo largo de los últimos años.

Asimismo, analizamos la postura que estos mantienen en relación con el derecho de visitas y comunicación de los abuelos con sus nietos y los pronunciamientos más relevantes en materia de guarda y custodia compartida en situaciones de violencia. Todo ello acompañado de la información práctica y formularios necesarios para el efectivo ejercicio de los derechos e intereses de los menores en esta materia.



[www.colex.es](http://www.colex.es)



PVP 17,00 €

ISBN: 978-84-1359-831-4

