

**ANÁLISIS CRÍTICO DE LA LEY DEL PAÍS VASCO 7/2015, DE  
30 DE JUNIO, DE RELACIONES FAMILIARES EN SUPUESTOS DE  
SEPARACIÓN O RUPTURA DE LOS PROGENITORES**

***CRITICAL ANALYSIS OF THE LAW 7/2015, OF 30 JUNE, OF FAMILY  
RELATIONSHIPS IN CASES OF PARENTAL SEPARATION AND DIVORCE***

*Rev. Boliv. de Derecho N° 27, enero 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 352-371*



Javier  
MARTÍNEZ  
CALVO

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 17 de mayo de 2018

**ARTÍCULO APROBADO:** 15 de octubre de 2018

**RESUMEN:** La Comunidad Autónoma del País Vasco ha aprobado la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores. La citada norma recoge varios aspectos novedosos, como la introducción de la mediación familiar y de los pactos en previsión de ruptura del matrimonio. Pero sin duda, el aspecto más destacado es el importante papel que concede a la guarda y custodia compartida, que pasa a convertirse en la regla general. Además, ofrece una regulación detallada de otras medidas íntimamente ligadas a la guarda y custodia, como el régimen de visitas, el derecho de alimentos de los hijos menores y la atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar.

**PALABRAS CLAVE:** Custodia compartida, mediación familiar, pactos prematrimoniales, régimen de visitas, derecho de alimentos, vivienda familiar.

**ABSTRACT:** The Autonomous Community of Basque Country has adopted the Law 7/2015, of 30 June, of family relationships in cases of parental separation and divorce. The above Law contains a number of innovative aspects, as the introduction of family mediation and premarital agreement. But certainly, the most prominent aspect is the importance it attaches to the shared custody, that goes on to become the general rule. Furthermore, it regulates other measures that are closely related to the custody, as visiting arrangements, contribution to the sons and daughters and assignment of the use of the family dwelling.

**KEY WORDS:** Shared custody, family mediation, premarital agreement, visiting arrangements, contribution to the sons and daughters, family dwelling.

**SUMARIO.-** I. INTRODUCCIÓN.- II. COMPETENCIA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA VASCA EN MATERIA DE GUARDA Y CUSTODIA.- III. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 7/2015.- IV. PREFERENCIA LEGAL POR LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.- V. SUPUESTOS DE EXCLUSIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA.- VI. INTRODUCCIÓN DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR.-VII. REGULACIÓN DE OTRAS MEDIDAS ÍNTIMAMENTE LIGADAS A LA GUARDA Y CUSTODIA.- 7.1 La atribución del uso de la vivienda familiar.- 7.2 La contribución a los gastos de los hijos menores.- 7.3 El régimen de comunicación y estancia.-

---

## I. INTRODUCCIÓN

Siguiendo la estela iniciada por otros legisladores autonómicos (Aragón, Valencia<sup>1</sup>, Cataluña y Navarra), el parlamento del País Vasco ha aprobado su propia norma sobre guarda y custodia de los hijos menores. Lo ha hecho a través de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores (BOE nº 176, de 24.7.2015), que entró en vigor el 10 de octubre del año 2015.

Para su elaboración, el legislador vasco se ha inspirado en las normas autonómicas que acabo de mencionar y, sobre todo, en el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia que presentó el Gobierno de España en el año 2013, del que ha extraído de forma casi literal muchos de los aspectos que recoge.

La norma vasca consta de trece artículos, en los que se recogen diferentes cuestiones relativas al ejercicio de la corresponsabilidad parental tras la ruptura matrimonial de los cónyuges. Las más relevantes son las concernientes a la guarda y custodia de los hijos menores, de cuyo establecimiento dependerán muchas otras medidas: la contribución de los progenitores a los gastos de atención a los hijos, el régimen de comunicación y estancia, y la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar. Medidas éstas que han sido reguladas también por la nueva norma.

---

I Aunque la Ley valenciana 5/2011 ha sido anulada recientemente por el Tribunal Constitucional: STC, Pleno, de 16 de noviembre de 2016 (RTC 2016, 192; MP: Adela Asua Batarrita). Sobre los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley valenciana, *vid. ampliamente*: DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., "¿Qué es lo que queda del Derecho civil valenciano en materia de familia?", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 31, 2017, pp. 111-162.

### • Javier Martínez Calvo

Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza. Ha trabajado como abogado ejerciente y posteriormente ha estado vinculado a la Universidad de Zaragoza como personal docente e investigador. Su labor investigadora se desarrolla en el seno del Grupo Consolidado de Investigación *Ius Familiae* y del Proyecto de Investigación "Prospectiva sobre el ejercicio de la capacidad: la interrelación entre las reformas legales en materia de discapacidad y menores". Sus líneas de investigación principales son: derecho de la persona, filiación, derecho de familia, mediación familiar y protección de menores y discapacitados. Correo electrónico: javiermc@unizar.es.

Además, con objeto de potenciar la autonomía de la voluntad de las partes y facilitar que puedan llegar a acuerdos, se introducen dos novedosas figuras: la mediación familiar y los pactos en previsión de ruptura del matrimonio.

En estas líneas me voy a centrar en las novedades que introduce la Ley vasca en materia de guarda y custodia, para lo que abordaré diferentes cuestiones, como la competencia del País Vasco para regular esta materia, su ámbito de aplicación (objetivo, subjetivo y temporal), el protagonismo que otorga a la custodia compartida, la regulación que hace de los supuestos en los que uno o ambos progenitores quedan excluidos de la guarda y custodia de sus hijos o la regulación de otras medidas íntimamente ligadas a la guarda y custodia.

## II. COMPETENCIA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA VASCA EN MATERIA DE GUARDA Y CUSTODIA

Para determinar la competencia del País Vasco en materia de guarda y custodia debemos partir del artículo 149.1.8 de la Constitución Española (BOE, nº 311, de 29.12.1978) (en adelante CE), que si bien atribuye al Estado competencia exclusiva sobre la legislación civil, excepciona dicha regla en el caso de las Comunidades que cuenten con Derechos civiles, forales o especiales propios en 1978, a las que faculta para que puedan conservarlos, modificarlos y desarrollarlos<sup>2</sup>.

Por tanto, una Comunidad Autónoma tendrá competencia para legislar en una materia concreta cuando concurren dos requisitos: que cuente con Derecho civil propio en el momento de entrada en vigor de la Constitución, y que dicho Derecho comprenda la materia que se pretende regular.

El primer requisito no plantea mayor problema, ya que el País Vasco sí contaba con Derecho civil propio en el momento de promulgarse la Constitución.

No resulta tan claro sin embargo que concorra el segundo requisito, es decir, que el Derecho del País Vasco anterior a la Constitución comprendiera la materia que ahora regula. Respecto a la interpretación que debe darse a este requisito, han surgido tres teorías: la primera, que considera suficiente con que existiera Derecho civil propio, sin necesidad de que comprendiera dicha materia; la segunda, que exige que existiera una regulación acerca de la materia concreta que se va a desarrollar; y una tercera, intermedia entre las dos anteriores, de acuerdo a la cual bastaría con que la materia que se pretende regular sea conexa a alguna de las que sí estaban previstas. Nuestro Tribunal Constitucional ha partido de esta

---

2 Sobre la competencia autonómica en materia civil, aunque en relación con otro tema, *vid.* MAYOR DEL HOYO, M<sup>º</sup>V.: *La regulación autonómica de la guarda administrativa de menores*, 1<sup>º</sup> ed., Cedecs, Barcelona, 2000.

última postura<sup>3</sup>, admitiendo por tanto que las Comunidades Autónomas regulen materias no comprendidas en su Derecho vigente en el momento de entrada en vigor de la Constitución cuando exista conexidad con alguna de las que sí estaban previstas. Sin embargo, considero que en este caso resulta bastante dudoso que exista dicha conexidad. Al respecto, debemos tener en cuenta que la Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava de 1959<sup>4</sup> no recogía ninguna materia conexas a la determinación de la guarda y custodia de los hijos. Quizá haya quien considere que dicha materia conexas podría encontrarse en el Título II del Libro I De la Compilación, relativo a “la troncalidad”. Sin embargo, tampoco se recogen en él previsiones relativas a las relaciones paterno-filiales ni a los efectos de la ruptura matrimonial, por lo que a mi modo de ver no cabe hablar de conexidad.

Por todo ello, creo que podría suscitarse alguna duda relacionada con la competencia de esta Comunidad Autónoma para promulgar su propia norma sobre guarda y custodia<sup>5</sup>.

### III. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 7/2015

Me voy a referir al ámbito de aplicación de la nueva norma del País Vasco desde una triple perspectiva. En primer lugar, veremos el ámbito objetivo de aplicación, para seguir con el ámbito subjetivo y terminar con el ámbito temporal.

El ámbito objetivo está recogido en el artículo 1.1 de la Ley 7/2015, que prevé que se aplicará en cuatro tipos de procedimientos: los relativos a la nulidad, separación o divorcio, o extinción de parejas de hecho<sup>6</sup>; los de modificación de medidas adoptadas en ellos; los que versen exclusivamente sobre la guarda y custodia de los hijos menores; y los relativos a la reclamación de alimentos que deban prestarse a los hijos.

3 En este sentido, la STC, Pleno, de 12 de marzo de 1993 (RTC 1993, 88; MP: Álvaro Rodríguez Bereijo) admite que “las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación (...)”, sin que ello suponga “una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae* dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugnaría con lo dispuesto en el art. 149.1.8 CE (...)”.

4 Vid. Ley 32/1959, de 30 de julio, sobre Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava de 1959 (BOE n° 182, de 31.7.1959).

5 Recientemente, el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción n° 2 de Éibar ha planteado ante el TC una cuestión de inconstitucionalidad por posible vulneración del artículo 149.1.8 CE (cuestión de inconstitucionalidad n° 2764/2017), admitida a trámite por el TC mediante Providencia de 18 de julio de 2017 (BOE n° 183, de 2.08.2017). Sin embargo, se limita al artículo 1.1.3, 4 y 5 de la Ley, cuando en realidad, como he señalado, toda ella puede plantear problemas de inconstitucionalidad.

6 En realidad, no hay previsto ningún procedimiento específico para la disolución de las parejas de hecho. La única referencia que la Ley del País Vasco 2/2003, reguladora de las parejas de hecho (BOPV n° 100, de 23.5.2003), hace a esta cuestión, la encontramos en su artículo 19, que se limita a decir que se deberá instar la cancelación de la inscripción en el correspondiente registro. Así las cosas, para dilucidar la guarda y custodia de los hijos de una pareja no casada, habrá que acudir a un procedimiento de guarda y custodia (al que el propio precepto se refiere un poco más adelante) y, por ende, no resulta acertada la mención que el legislador vasco hace a los procedimientos de disolución de parejas de hecho, ya que dicha disolución no conlleva ningún procedimiento más allá de la cancelación de la inscripción.

Aunque no se diga expresamente, cabe entender, a mi juicio, que en todos los supuestos será necesaria la existencia de hijos a cargo (especialmente si tenemos en cuenta que la norma vasca no recoge previsión alguna destinada a regular las relaciones entre los propios progenitores).

En cuanto al ámbito subjetivo de aplicación, se recoge en el artículo 2 de la norma vasca, de acuerdo al cual, ésta se aplicará cuando los progenitores ostenten la vecindad civil vasca. También cuando la tenga únicamente uno de ellos, pero ambos prevean en documento público la aplicación de dicha norma. Por último, en defecto de todo lo anterior, se aplicará la ley vasca cuando el matrimonio tenga su residencia habitual común en la citada comunidad.

A mi modo de ver, el legislador vasco se ha extralimitado al regular esta cuestión, ya que la competencia relativa al establecimiento de las reglas para resolver los conflictos de leyes pertenece en exclusiva al Estado (art. 149.1.8 CE). Máxime si tenemos en cuenta que las reglas recogidas por el legislador vasco no son coincidentes con las previstas en el Derecho común, que utiliza como punto de conexión el lugar de residencia habitual del menor (art. 9.4 en relación al art. 16.1 CC)<sup>7</sup>. Por todo ello, considero que el artículo 2 de la nueva norma vasca puede plantear problemas de constitucionalidad<sup>8</sup>.

Finalmente, en lo que respecta al ámbito temporal de aplicación, se plantean dos interrogantes: si es posible aplicar la nueva normativa a los procedimientos de modificación de medidas adoptadas conforme a la normativa anterior, y si la entrada en vigor de la nueva norma resulta suficiente para instar un procedimiento de modificación de medidas.

La primera cuestión está resuelta por la Disposición transitoria única de la Ley del País Vasco 7/2015, que admite expresamente la posibilidad de aplicar la nueva norma a los procedimientos de revisión de medidas adoptadas con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva norma.

7 Téngase en cuenta que esta materia se ha visto afectada por la reforma introducida por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE nº 180, de 29.7.2015), que ha dado una nueva redacción al artículo 9.4 del Código Civil. El segundo punto del citado precepto establece ahora que la ley aplicable a la responsabilidad parental se determinará con arreglo al Convenio de la Haya 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (BOE nº 291, de 2.12.2010). El cambio es bastante significativo, puesto que el citado Convenio prevé en sus artículos 16 y 17 que las relaciones paternofiliales se registrarán por la ley del lugar de residencia habitual del menor, prescindiendo por tanto del criterio de la ley personal del hijo, que recogía la antigua redacción del artículo 9.4 del Código civil.

8 Al respecto, existe un precedente en el que una Comunidad Autónoma se extralimitó en su competencia al introducir reglas de Derecho interregional privado. En concreto, la Ley 8/1990, de Compilación del Derecho civil de Baleares (BOE nº 194, de 14.8.1990), preveía su aplicación a quienes residieran en el territorio de dicha Comunidad, sin necesidad de probar su vecindad civil (art. 2.1). Dicho precepto fue objeto de recurso de inconstitucionalidad por parte del Presidente del Gobierno y el Tribunal Constitucional declaró su inconstitucional: STC, Pleno, de 6 de mayo de 1993 (RTC 1993, 156; MP:Vicente Gimeno Sendra).

Sin embargo, no queda claro si la entrada en vigor de la nueva norma constituye en sí misma un argumento suficiente para instar un procedimiento de modificación de medidas (por ejemplo, alegando la preferencia legal que la nueva norma otorga a la custodia compartida).

Parece que en su Disposición transitoria única excluye la posibilidad de acordar una modificación de las medidas adoptadas conforme a la normativa anterior con base exclusivamente en la entrada en vigor de la nueva ley. Y es que, aun cuando señala que cualquiera de las partes puede solicitar que se revisen las medidas acordadas con anterioridad a la nueva norma, exige para ello que concurren las circunstancias previstas en la propia ley; y cuando acudimos al articulado, observamos que se exige expresamente que exista una alteración sustancial de las circunstancias (arts. 5.6 c), 5.9, 7.5 y 13.4 Ley 7/2015).

La única norma que ha previsto expresamente esta posibilidad es el Código de Derecho Foral de Aragón (BOA, nº 67, de 29.3.2011) (en adelante CDFa), que en su Disposición transitoria sexta admite que, durante el año siguiente a la entrada en vigor de la norma, la mera petición de la custodia compartida por una de las partes resulte suficiente para revisar el régimen de guarda y custodia adoptado<sup>9</sup>. El resto de normas no han previsto esta posibilidad, aunque lo cierto es que con carácter general los Tribunales la han admitido<sup>10</sup> (salvo en el caso de Navarra<sup>11</sup>).

#### IV. PREFERENCIA LEGAL POR LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

Quizá la novedad más importante de la nueva norma del País Vasco sea la apuesta del legislador por el régimen de guarda y custodia compartida, al que, como anticipo en el título de este apartado, le concede carácter preferente sobre el régimen de custodia exclusiva. Ello pese a que, como veremos unas líneas más abajo, recoge algunas previsiones incongruentes con dicha opción legal.

La preferencia por la custodia compartida en la norma vasca se desprende de la propia Exposición de Motivos, que recoge tres afirmaciones ciertamente reveladoras. En primer lugar, señala que "(...) esta norma regula la custodia compartida como régimen más adecuado en los casos de separación o divorcio (...)". Además, llega a hablar de un "derecho de las y los menores de edad a

9 Con ello la norma aragonesa adquirió cierta eficacia retroactiva (Vid. TENA PIAZUELO, I.: "Custodia compartida en Aragón (Ley 2/2010): ¿niños de primera?", *Aranzadi civil-mercantil*, Vol. I, núm. 1, abril, 2011, p. 92; DE LA IGLESIA MONJE, M<sup>a</sup> I.: "Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar: análisis jurisprudencial", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año 88, núm.732, 2012, p. 2317; y SERRANO GARCÍA, J. A.: "La custodia compartida aragonesa en la primera jurisprudencia", *Actas de los vigesimosegundos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012, p. 206).

10 Vid. a modo de ejemplo la STSJ Cataluña, 22 mayo 2014 (RJ 2014, 3744; MP: Carlos Ramos Rubio) y la STSJ Valencia, 6 septiembre 2013 (RJ 2013, 6660; MP: Juan Climent Barbera).

11 Vid. STSJ Navarra, 23 octubre 2012 (RJ 2012, 11174; MP: Francisco Javier Fernández Urzainqui).

crecer y vivir con ambos progenitores tras la ruptura de la pareja, en un sistema de convivencia de custodia compartida lo más igualitaria posible (...). Por último, prevé que "(...) el juez otorgará la custodia compartida salvo cuando sea contrario al interés del menor (...)", dando a entender con ello que sólo podrá apartarse del régimen de custodia compartida cuando quede constatado que su adopción perjudica al interés superior del menor.

Esta postura normativa queda confirmada por lo dispuesto en el artículo 9. En el segundo párrafo del mencionado precepto se prevé que "la oposición a la custodia compartida de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ambos no serán obstáculo ni motivo suficiente para no otorgar la custodia compartida en interés del menor"; y en el punto tercero que "el juez, a petición de parte, adoptara la custodia compartida siempre que no sea perjudicial para el interés de los y las menores (...)"

Únicamente se prevén dos excepciones en las que cabe adoptar el régimen de custodia exclusiva: cuando se considere necesario para garantizar el interés superior del menor (art. 9.6 Ley 7/2015) o cuando uno de los progenitores esté excluido del ejercicio de la guarda y custodia por incurrir en violencia doméstica o de género (art. 11.3 Ley 7/2015)<sup>12</sup>.

Con ello, el legislador vasco se ha apartado de la regulación tradicional de nuestro Código civil, que ha venido otorgando preferencia a la custodia exclusiva en detrimento del régimen compartido (art. 92 CC)<sup>13</sup>; y ha continuado con la estela iniciada por los Derechos aragonés y valenciano, que ya habían introducido con anterioridad la custodia compartida con carácter preferente (arts. 79.5, 80.2, 80.5 y Disposición transitoria 6ª del Código del Derecho Foral de Aragón y art. 5.2 Ley valenciana 5/2011 (BOE nº 98, de 25.4.2011)<sup>14</sup>. Las otras dos normas autonómicas que han entrado a regular en materia de guarda y custodia (Cataluña y Navarra) no han ido tan allá, pues han equiparado los regímenes de custodia compartida y exclusiva, sin mostrar preferencia por ninguno de ellos (art. 233-10.2 del Código Civil de Cataluña (BOE nº 203, de 21.8.2010) (en adelante CCCat.) y art. 3 Ley navarra 3/2011 (BOE nº 87, de 12.4.2011)).

No obstante, considero que la preferencia legal por la custodia compartida que recoge la norma vasca queda un tanto atenuada por lo previsto en su artículo 9.3.

<sup>12</sup> A esta última cuestión me referiré posteriormente con mayor detalle (epígrafe 4).

<sup>13</sup> Con la reforma que el gobierno pretendía proyectar a través del fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia se hubiera puesto fin a esta situación de clara preferencia por la custodia exclusiva y se hubieran equiparado a nivel nacional los regímenes de custodia compartida y exclusiva (arts. 1.4 y 1.12 del Anteproyecto, en la redacción que pretendía dar a los arts. 92 bis.1 y 103.1 CC).

<sup>14</sup> Recuérdese, no obstante, que la Ley valenciana 5/2011 ha sido anulada recientemente por el Tribunal Constitucional —STC Pleno, de 16 de noviembre de 2016 (RTC 2016, 192)—.

Y es que, si nos fijamos en la redacción del precepto (“el juez, a petición de parte, adoptará la custodia compartida siempre que no sea perjudicial para el interés de los y las menores (...)), se exige para la adopción de la custodia compartida que el establecimiento de dicho régimen haya sido solicitado por alguna de las partes, por lo que parece excluir la posibilidad de que el juez pueda adoptar la custodia compartida de oficio. Por si quedara algún género de dudas, la propia Exposición de Motivos de la norma vasca reitera la necesidad de que el establecimiento de la custodia compartida haya sido solicitado por alguna de las partes<sup>15</sup>.

Con ello, la nueva ley vasca ha mantenido el criterio previsto por nuestro Código Civil (que en su artículo 92.8 también exige petición de parte para que pueda adoptarse la custodia compartida) y se ha apartado del resto de normas autonómicas (que sí han admitido la posibilidad de adoptar la custodia compartida de oficio). También se ha apartado de la tendencia que están siguiendo los países de nuestro entorno, que admiten con carácter general el establecimiento del régimen de guarda y custodia compartida aunque ninguna de las partes lo haya solicitado<sup>16</sup>.

Así las cosas, el régimen jurídico previsto por la norma vasca es el siguiente: si una de las partes pide la custodia exclusiva y otra la compartida, el juez establecerá con carácter preferente la compartida (pues así se lo exige la ley). Pero si ninguna de las partes solicita expresamente la custodia compartida (bien porque no realizan petición alguna al respecto o bien porque cada uno solicita para sí la custodia exclusiva), el juez se vería impedido para adoptar la custodia compartida.

Podría incluso llegarse al absurdo de que el juez constatará que el régimen de custodia compartida es el que mejor protege el interés superior del menor y sin embargo no pudiera adoptarlo por no existir petición de parte. Ello supondría hacer claudicar el interés superior del menor por el mero hecho de que ninguno de los progenitores hubiera solicitado la adopción del régimen de guarda y custodia compartida<sup>17</sup>.

A mi modo de ver, exigir que exista petición de parte resulta incongruente con la preferencia legal que la norma vasca pretende otorgar a la custodia compartida, ya que está exigiendo para su adopción un estricto requisito que sin embargo no se prevé para el caso de la custodia exclusiva. Incluso me atrevería a decir que la

15 En la segunda página de la Exposición de Motivos se exige para adoptar el régimen de custodia compartida que “cualquiera de sus progenitores lo solicite”. En este mismo sentido, en la página tercera se vuelve a reiterar que, en defecto de acuerdo, el juez adoptará el régimen de custodia compartida “siempre a solicitud de parte”.

16 A modo de ejemplo, el artículo 373.2.9 del *Code Civil* francés prevé expresamente la posibilidad de establecer el régimen de custodia compartida incluso en el supuesto de que ambos progenitores se pronuncien en contra. En cuanto al Derecho inglés, la Part. II, Section 11 (4) de la *Children Act 1989* da plena libertad al juez para adoptar el régimen de custodia compartida con independencia de que haya sido solicitado o no por alguna de las partes.

17 Vid. MARTÍNEZ CALVO, J.: “Determinación del régimen de guarda y custodia: criterios jurisprudenciales (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 257/2013, de 29 de abril)”, *La Ley Derecho de Familia*, mayo, 2015, p. 5.

preferencia legal por la custodia compartida queda parcialmente desvirtuada por esta previsión.

Y es que, si lo que realmente se pretendía era dotar a la custodia compartida de carácter preferente (como reconoce en su Exposición de Motivos), hubiera resultado más acertado que la nueva norma admitiera la posibilidad de adoptar el citado régimen de oficio en aquellos casos en los que se acredite que es el que mejor protege el interés superior del menor (como mantuve en un trabajo anterior<sup>18</sup>).

En este sentido, el legislador nacional, en la reforma que pretendió llevar a cabo a través del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, pretendía admitir la posibilidad de establecer el régimen de custodia compartida de oficio (art. 1.4 del Anteproyecto, en la redacción que proponía para el nuevo artículo 92 bis), aunque dotándola de carácter excepcional<sup>19</sup>.

## V. SUPUESTOS DE EXCLUSIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA

La norma vasca prevé algunos supuestos en los que uno o ambos progenitores quedan excluidos de la guarda y custodia de sus hijos por la comisión de determinados actos de violencia intrafamiliar. En concreto, cuando exista condena penal por sentencia firme por un delito de violencia doméstica o de género por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro miembro de la pareja o de los hijos e hijas que convivan con ambos.

Esta cuestión se recoge en el artículo 11 de la Ley 7/2015<sup>20</sup>, dentro del apartado destinado al régimen de comunicación y estancia. Algo que resulta cuanto menos sorprendente, pues parece que hubiera sido más adecuado incluirlo dentro del apartado destinado a la atribución de la guarda y custodia. En cualquier caso, no es una cuestión relevante en la práctica.

---

18 *Ibidem*, p. 5.

19 La redacción original del Anteproyecto iba más allá, pues no le asignaba dicho carácter excepcional, sino que la contemplaba como una opción más. Sin embargo, tras las críticas del Consejo General del Poder Judicial en el Informe al Anteproyecto que aprobó el 19 de septiembre de 2013 llevaron al gobierno a matizar dicha regla (Consejo General del Poder Judicial, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de Nulidad, Separación y Divorcio*, pp. 33-34). Ello pese a que la Fiscalía General del Estado sí se había mostrado conforme con la redacción original (Fiscalía General del Estado, *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de Nulidad, Separación y Divorcio*, pp. 29-30).

20 Como he señalado unas líneas más arriba, el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 2 de Éibar ha planteado ante el TC una cuestión de inconstitucionalidad en relación a los puntos 3º, 4º y 5º del artículo 11 de la Ley 7/2015, por posible vulneración del artículo 149.1.8.ª de la CE (cuestión de inconstitucionalidad nº 2764/2017). Dicha cuestión de inconstitucionalidad ha sido admitida a trámite por el TC mediante Providencia de 18 de julio de 2017 (BOE nº 183, de 2.08.2017), encontrándose a la espera de pronunciamiento definitivo.

Por lo demás, considero que la norma vasca resulta mucho más acertada que el Código civil en la regulación de esta cuestión, ya que corrige los defectos que la doctrina le achaca, que principalmente son dos: que resulte suficiente con que uno de los padres este incurso en un proceso penal para excluirle de la guarda y custodia<sup>21</sup>, y que se le aparte sólo de la custodia compartida y no se diga nada de la custodia exclusiva<sup>22</sup> (art. 92.7 CC).

Respecto a la primera cuestión, para que alguno de los progenitores sea excluido del ejercicio de la guarda y custodia, la Ley del País Vasco 7/2015 exige que haya sido condenado por sentencia firme (art. 11.3)<sup>23</sup>. Considero que esta previsión supone un importante avance en la defensa del principio de presunción de inocencia que recoge nuestra Constitución (art. 24), ya que de esta forma no se está prejuzgando al presunto culpable, como a mi modo de ver hace el Código civil.

Por otro lado, la Ley del País Vasco no sólo excluye la posibilidad de adoptar la custodia compartida, sino también la de establecer la custodia exclusiva. Y es que, si se considera necesario apartar a un progenitor de la custodia compartida, con mayor razón habrá que apartarle de la custodia exclusiva. Una vez más, la norma vasca ha seguido en este punto el criterio fijado con anterioridad por el resto de normas autonómicas que han legislado en materia de guarda y custodia<sup>24</sup>.

Además, el artículo 11.5 de la Ley del País Vasco ha previsto el supuesto de que ambos progenitores estén comprendidos en alguno de los supuestos recogidos en el artículo 11.3, siendo la primera norma en recoger esta cuestión<sup>25</sup>. En estos casos, salvo supuestos excepcionales, el juez atribuirá la guarda de los menores a los familiares o allegados del menor o, en defecto de éstos, a la entidad pública que tenga asignada la función de protección de los menores en el territorio concreto. A mi juicio, salvo que se produzca una privación de la patria potestad que abra

21 Vid. GARCÍA RUBIO, M<sup>o</sup> P. y OTERO CRESPO, M.: "Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005", *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 8, febrero de 2006, p. 98; ALASCIO CARRASCO, L. y MARÍN GARCÍA, I.: "Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art. 92 CC", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, p. 14 y HERNANDO RAMOS, S.: "El informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida", *La Ley*, núm. 7206, 2009, tomo 3, p. 2042.

22 Vid. TAMAYO HAYA, S.: "La custodia compartida como alternativa legal", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año 83, núm. 700, 2007, p. 689; y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio", en: *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia*, (coord. C., MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), 5<sup>a</sup> ed., Edisofer, Madrid, 2016, p. 200.

23 Es el mismo criterio que han seguido todas las normas autonómicas en la materia (art. 80.6 CDFA, art. 5.6 Ley valenciana 5/2011, art. 233-11.3 CCCat. y art. 3.8 de la Ley navarra 3/2011); y el que hubiera seguido también nuestro Código Civil de prosperar la reforma que se pretendía introducir a través del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia (art. 1.4 del Anteproyecto, en la redacción que hubiera dado al ordinal quinto del nuevo art. 92 bis).

24 Vid. art. 80.6 CDFA, art. 5.6 Ley valenciana 5/2011, art. 233-11.3 CCCat. y art. 3.8 de la Ley navarra 3/2011.

25 Pese a que la Comunidad vasca ha sido la primera en regular este supuesto, no resulta una novedad en sentido estricto. Ya había sido propuesto en el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia (art. 1.4 del Anteproyecto en la redacción que pretendía dar al art. 92 bis.6 CC), con idéntica solución a la prevista por el legislador vasco.

la puerta a la constitución de una tutela, la atribución de la guarda de un menor a un tercero distinto de sus padres no puede incluirse en ninguna de las figuras de protección de menores previstas legalmente<sup>26</sup>, por lo que considero que nos encontramos ante una guarda sui generis con caracteres propios que cabría calificar como “simple guarda”.

Otra importante novedad de la norma vasca es que admite la posibilidad de que el juez establezca un régimen de estancia, relación y comunicación entre el condenado por violencia de género y sus hijos menores. Esta cuestión se recoge en el cuarto párrafo del artículo 11, que la dota de carácter excepcional y la supedita a que el juez lo estime conveniente para el interés superior del menor<sup>27</sup>.

## VI. INTRODUCCIÓN DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

La nueva norma del País Vasco no ha permanecido ajena a la enorme expansión que está experimentando la mediación familiar. Una figura que ha sido prevista por el Derecho europeo<sup>28</sup> y que, en el ámbito nacional, fue introducida en los artículos 770.7 y 772.2 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE nº 7, de 08.I.2000) (en adelante LEC) por la Ley 15/2005, de 8 de julio, de reforma del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (BOE nº 163, de 9.7.2005), que en su Disposición Final Tercera llega a anunciar una futura Ley de Mediación. Este mandato se materializó con la Ley 5/2012, de 6 de junio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE nº. 162, de 7.7.2012).

También el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia pretendía introducir una detallada regulación de la mediación familiar<sup>29</sup> y, en el ámbito autonómico, han sido numerosas las Comunidades Autónomas que han promulgado sus propias leyes de mediación familiar<sup>30</sup>. Además, todas las

26 No cabría hablar de guarda y custodia, ya que considero que ésta solo puede otorgarse en favor de los propios padres (no debemos olvidar que forma parte del contenido de la patria potestad, que pertenece exclusivamente a éstos). Tampoco parece que se trate de una tutela, pues ello exigiría que existiera una declaración de desamparo del menor y que se pusiera en marcha el correspondiente procedimiento para el nombramiento de un tutor.

27 Nuevamente, se trata de un aspecto que también había sido previsto por el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia (art. 1.4 del Anteproyecto en la redacción que pretendía dar al art. 92 bis.5 CC).

28 Vid. Recomendación R (98) sobre Mediación Familiar, aprobada por el Consejo de Ministros de la Unión Europea el 21 de enero de 1998, Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho Civil y Mercantil, de abril de 2002, Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (art. 55 e)) y Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre algunos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

29 Vid. arts. 1.1 y 1.2 del Anteproyecto en la redacción que pretendían dar a los 90.1 g) y 91.3 CC, art. 2.3 del Anteproyecto en la redacción que pretendía dar al art. 770.6 LEC y art. 5.1 del Anteproyecto en la redacción que pretendía darle al art. 2.2 de la Ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles.

30 La primera fue Cataluña con la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar de Cataluña (BOE nº 91, de 16.4.2001) (modificada por la Ley 15/2009, de 22 de julio — BOE nº 198, de 17.8.2009 —); y después le

normas autonómicas sobre guarda y custodia (salvo la valenciana) contienen una referencia a la mediación familiar<sup>31</sup>.

Así mismo, en la mayoría de países de nuestro entorno se ha introducido la mediación familiar como mecanismo para facilitar la adopción de acuerdos por los progenitores<sup>32</sup>.

Volviendo a la norma vasca, dedica a la mediación familiar todo su artículo 6, además de incluirla dentro de los objetivos de la Ley (art. 1.2 Ley 7/2015), lo que es una clara muestra de la importancia que pretende otorgarle.

Uno de los aspectos más destacados de la nueva regulación es que faculta al juez para que remita a las partes a una sesión informativa de mediación, con objeto de favorecer que puedan llegar a un acuerdo (art. 6.2 Ley 7/2015)<sup>33</sup>. A mi juicio resulta una previsión muy acertada, ya que permite a las partes obtener un mayor conocimiento de la mediación familiar y de las ventajas que ofrece (tanto desde un punto de vista económico como emocional). Además, considero que no conlleva la quiebra del carácter voluntario de la mediación (que es uno de los principios básicos de esta figura<sup>34</sup>), ya que las partes podrán apartarse en cualquier momento del proceso de mediación.

Pero la norma vasca ha ido más allá, y ha admitido incluso que las partes puedan prever con anterioridad a la ruptura la obligación de acudir a mediación familiar

---

siguieron Galicia, con la Ley 4/2001, de 31 de mayo, de Mediación Familiar de Galicia (BOE n° 157, de 2.7.2001); Valencia con la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, de Mediación Familiar de la Comunidad de Valencia (BOE n° 303, de 19.12.2001); Canarias con la Ley 15/2003, de 8 de abril, de Mediación Familiar de Canarias (BOE N° 134, de 5.6.2003) (modificada por la Ley 3/2005, de 23 de junio —BOE N° 177, de 26.7.2005 —); Castilla-La Mancha con la Ley 4/2005, de 24 de mayo, de Mediación Familiar de Castilla La Mancha (BOE n° 203, de 8.8.2005) (modificada por la Ley 1/2015, de 12 de febrero —BOE n° 148, de 22.6.2015 —); Castilla y León con la Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León (BOE n° 105, de 3.5.2006); Baleares con la Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de Mediación Familiar de las Islas Baleares (BOE n° 303, de 20.12.2006) (modificada por la Ley 14/2010, de 9 de diciembre de Mediación Familiar de las Islas Baleares —BOE n° 16, de 19.1.2011—); la Comunidad de Madrid con la Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid (BOE n° 153, de 27.6.2007); Asturias con la Ley 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar del Principado de Asturias (BOE n° 170, de 17.7.2007); el País Vasco con la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar en el País Vasco (BOE n° 212, de 3.9.2011); Andalucía con la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOE n° 80, de 2.4.2009); Aragón con la Ley 9/2011, de 24 de marzo, de Mediación Familiar de Aragón (BOE n° 115, de 14.5.2011); y Cantabria con la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOE n° 99, de 26.4.2011).

31 Vid. arts. 75 y 78 CDFa, arts. 233-6 y 233-7.3 del CCCat. y arts. 1.3 y 2 Ley navarra 3/2011.

32 Vid. a modo de ejemplo: art. 373.2.10 del *Code Civil* francés, secciones 26 a 29 de la parte III de la *Family Law Act* inglesa, arts. 1754-1765 del *Codice Civile* italiano, art. 378 bis del *Code Civil* belga y art. 1774 del *Código Civil* portugués.

33 Una vez más, es una previsión que también se recoge en el resto de normas autonómicas (art. 78.2 CDFa, art. 2.1 Ley navarra 3/2011 y art. 233-6.3 CCCat.); y que el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia pretendía introducir en nuestra normativa nacional (art. 1.2 del Anteproyecto en la redacción que pretendía dar al art. 91.3 CC, art. 2.3 del Anteproyecto en la redacción que pretendía dar al art. 770.6 LEC y art. 5.2 del Anteproyecto en la redacción que pretendía dar al art. 16 de la Ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles).

34 Vid. ORTUÑO MUÑOZ, P.: "La mediación familiar", *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja*, (dir. M<sup>o</sup> C. GARCÍA GARNICA), Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, 1<sup>a</sup> ed., p. 377.

para resolver las diferentes disputas que surjan una vez que ésta se produzca (art. 6.1). Cabe entender que podrán hacerlo bien a través del convenio regulador (art. 5.3 Ley 7/2015) o bien a través de un pacto suscrito con anterioridad a la ruptura (art. 4.4 Ley 7/2015).

Sin embargo, no se prevé cuáles serían las consecuencias de una hipotética negativa de las partes a asistir a mediación. A mi modo de ver, cabe entender que se continuará con el procedimiento judicial, pues debe garantizarse en todo caso el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). No obstante, considero que la negativa sí podría ser tenida en cuenta por el juez en el momento de pronunciarse sobre la guarda y custodia de los menores, ya que el progenitor que se niega a participar en mediación está mostrando una actitud negativa hacia el diálogo y es posible que esté anteponiendo sus propios intereses a los de sus hijos menores (salvo que pruebe que existe alguna razón de peso que desaconseja la mediación en el caso concreto).

Otro punto que cabe resaltar es la posibilidad de que las partes soliciten voluntariamente la suspensión del procedimiento para someterse a mediación, prevista en el tercer punto del artículo 6. Se trata de una posibilidad que también recoge nuestro Derecho común (art. 770.7 LEC), así como las normas autonómicas aragonesa (art. 78.3 CDFa) y catalana (art. 233-6.3 CCCat.).

Por último, la nueva norma vasca exige expresamente que el acuerdo obtenido en la mediación sea aprobado judicialmente (art. 6.4 Ley 7/2015)<sup>35</sup>. En realidad, considero que se trata de una previsión innecesaria, ya que cualquier acuerdo en el que se recojan cuestiones atinentes a los hijos menores deberá contar con aprobación judicial para gozar de eficacia.

## VII. REGULACIÓN DE OTRAS MEDIDAS ÍNTIMAMENTE LIGADAS A LA GUARDA Y CUSTODIA

El régimen de guarda y custodia acordado será determinante sobre otras medidas que se adoptan en el seno de un procedimiento de ruptura matrimonial. En concreto me voy a referir a tres: la atribución del uso de la vivienda familiar, la contribución de los progenitores a los gastos de los menores y el posible establecimiento de un régimen de relación comunicación y estancia entre los hijos y el progenitor que en cada momento no los tenga en su compañía.

35 Una vez más, es una previsión que también recogen las normas, aragonesa (arts. 78.4 CDFa) y catalana (art. 233-6.5 CCCat.); y que también el fallido Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia pretendía introducir en nuestro Derecho común a través de las modificaciones que sus artículos 1.2 y 5.1 hubieran introducido en los artículos 91.3 del Código Civil y 2.2 de la Ley 5/2012 —respectivamente—.

## 7.1 La atribución del uso de la vivienda familiar

El artículo 12 de la Ley 7/2015 prevé una regulación muy detallada de la atribución del uso de la vivienda familiar, estableciendo diferentes reglas en función de si se ha establecido el régimen de custodia compartida o el de custodia exclusiva<sup>36</sup>. Ello supone un importante avance respecto a nuestro Derecho común, en el que sólo se ha previsto la atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia exclusiva (art. 96 CC)<sup>37</sup>.

Para aquellos casos en los que se opte por el régimen de custodia exclusiva, el artículo 12.1 de la norma vasca mantiene la regla tradicional de atribuir preferentemente el uso de la vivienda al progenitor en cuya compañía queden los menores.

Sin embargo, el legislador vasco rompe con el automatismo del artículo 96 del Código Civil<sup>38</sup>. En primer lugar porque utiliza el término “preferentemente”, supeditándolo a que sea lo más conveniente para el interés de los menores y, en segundo lugar, porque el artículo 12.3 llega a admitir expresamente que en casos excepcionales el uso de la vivienda pueda ser otorgado al progenitor no custodio<sup>39</sup>.

Respecto a los supuestos en los que se establezca el régimen de custodia compartida, la vivienda familiar se atribuirá a aquel progenitor que tuviera mayores dificultades para acceder a otra vivienda (así lo dispone el cuarto párrafo del artículo 12)<sup>40</sup>.

Siguiendo por el recorrido de las reglas de atribución de la vivienda familiar que recoge la nueva norma vasca, cabe mencionar la posibilidad que prevé el artículo 12.6 de que la vivienda familiar pueda ser sustituida por otra que sea propiedad de uno o ambos progenitores (siempre que resulte idónea para satisfacer la necesidad de vivienda de los hijos).

---

36 También han recogido esta distinción las normas, aragonesa (art. 80 CDFa), valenciana (art. 6 Ley 5/2011) y catalana (233-20 CCCat).

37 De haber prosperado la reforma prevista a través del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia presentado por el gobierno el 19 de julio de 2013, se hubieran incluido, también en nuestro Código Civil, diferentes reglas de atribución de la vivienda familiar en función de si se establece el régimen de custodia compartida o el de custodia exclusiva (art. 96 CC, con la redacción que preveía el art. 1.8 del Anteproyecto).

38 Al igual que han hecho el resto de normas autonómicas que han regulado esta materia (art. 80.2 CDFa, art. 6.1 Ley valenciana 5/2011 y art. 233-20.2 CCCat.).

39 Esta posibilidad cabrá cuando el progenitor no custodio tenga mayores dificultades de acceso a otra vivienda y el custodio cuente con medios suficientes para cubrir la necesidad de vivienda de los menores y sea compatible con el interés superior de estos.

40 En este punto, la norma del País Vasco ha seguido una vez más el criterio previsto en el resto de normas autonómicas (art. 80.1 CDFa, art. 6.1 Ley valenciana 5/2011 y art. 233-20.3 CCCat). También es el que pretendía introducirse en nuestro Código Civil a través del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia (art. 96.2 CC, tras la redacción que le hubiera dado el art. 1.8 del Anteproyecto).

Otro aspecto de la Ley 7/2015 al que quiero referirme es el previsto en el séptimo párrafo de su artículo 12. En el mencionado precepto se prevé la posibilidad de que aquel progenitor que se vea privado del uso de la vivienda familiar reciba una contraprestación económica (siempre que ésta sea privativa suya o común de ambos)<sup>41</sup>.

En este mismo sentido, la atribución del uso de la vivienda familiar se tendrá en cuenta a la hora de calcular la pensión de alimentos por gastos ordinarios de los menores. Así lo prevé el artículo 10.3 de la Ley 7/2015.

## 7.2 La contribución a los gastos de los hijos menores

El artículo 10 de la norma vasca prevé cómo será la contribución de los progenitores a los gastos de sus hijos menores tras la ruptura matrimonial.

Aunque no distingue nítidamente entre los supuestos de custodia compartida y exclusiva a efectos de determinar la contribución que debe hacer cada progenitor a los gastos de los menores, sí tiene en cuenta el tiempo de permanencia de los hijos con cada uno para fijar la cuantía que debe abonar cada uno en concepto de gastos ordinarios (art. 10.3 Ley 7/2015). Junto al mencionado criterio, introduce otros, como las necesidades de los menores, la capacidad económica de cada progenitor o la atribución que se haga del uso de la vivienda familiar<sup>42</sup> (en consonancia con lo que he señalado en el apartado inmediatamente anterior).

No obstante, a mi modo de ver hubiera sido más acertado distinguir entre los supuestos de custodia exclusiva y compartida. Y es que, mientras que en los casos de custodia exclusiva parece razonable establecer una pensión de alimentos a cargo del progenitor no custodio, en los que se opte por la custodia compartida no tiene por qué ser así. Salvo que exista un importante desequilibrio económico entre las partes o los periodos de alternancia con uno y otro resulten muy desiguales<sup>43</sup>, cabe entender que cada progenitor sufragará los gastos de los menores mientras se encuentren con él.

---

41 De nuevo, es una cuestión que también han previsto algunas normas autonómicas (art. 6.1 Ley valenciana 5/2011 y arts. 233-20.1 y 7 CCCat.) y que el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia pretendía introducir en nuestro Código Civil (arts. 93.3, 96.4 y 97.9 CC, tras la redacción que pretendían darles los arts. 1.5, 1.8 y 1.9 del Anteproyecto).

42 Estos criterios de determinación son los que prevén también las normas aragonesa y valenciana (art. 82.2 CDFA, art. 7.1 y 2 Ley valenciana 5/2011); y los que pretendía introducir en el Código Civil el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia (art. 93.3 CC, tras la redacción que pretendía darle el art. 1.5 del Anteproyecto).

43 No debemos olvidar que la custodia compartida no implica un reparto igualitario del tiempo (véase a modo de ejemplo la STS 11 marzo 2010 (R) 2010, 2340; MP: Encarnación Roca Trías):“(…) Custodia compartida no es sinónimo de reparto de la convivencia al 50% entre ambos progenitores(…)”.

Respecto a los gastos extraordinarios, serán abonados por cada progenitor en función de su capacidad económica (art. 10.3 Ley 7/2015)<sup>44</sup>. Por tanto, a los efectos de determinar la contribución a este tipo de gastos, no se tendrá en cuenta el tiempo de permanencia del menor con cada progenitor (o lo que es lo mismo, es irrelevante el régimen de guarda y custodia que se adopte). Cabe entender que si la capacidad económica de uno y otro es semejante, los gastos serán abonados por partes iguales.

Además, la norma vasca introduce un tercer tipo de gastos, a los que denomina voluntarios, y que en su artículo 10.2 define como aquellos que no respondan a necesidades de los hijos, pese a que se consideren adecuados para ellos. Estos gastos deberán ser cubiertos por aquel progenitor que haya decidido su realización (art. 10.3 Ley 7/2015)<sup>45</sup>.

### 7.3 El régimen de comunicación y estancia

La última medida a la que quiero referirme es al tradicionalmente conocido como régimen de “visitas”, al que la norma del País Vasco ha preferido denominar régimen de comunicación y estancia. Se refiere a esta cuestión en sus artículos 9.6 y 11.

El aspecto más llamativo de la nueva regulación es que no ha previsto la posibilidad de establecer un régimen de comunicación y estancia en los supuestos de custodia compartida. No obstante, considero que ello no impide que el juez pueda fijarlo si lo estima adecuado para el interés superior del menor. Y es que, habrá supuestos de custodia compartida en los que los periodos de permanencia con uno u otro progenitor resulten muy amplios, por lo que para garantizar el mantenimiento de las relaciones entre éstos y sus hijos (y hacer así efectivo el principio de coparentalidad) resultará necesario el establecimiento de un régimen de comunicación entre el menor y aquel progenitor que en cada momento no lo tenga en su compañía.

Si nos fijamos en el resto de Ordenamientos autonómicos, tampoco han previsto la posibilidad de adoptar un régimen de comunicación y estancia en los supuestos de custodia compartida. En cambio, el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia sí pretendía introducir en nuestro Código Civil la

44 Este es el criterio previsto también por la norma aragonesa (art. 82.4 CDFa) y el que pretendía introducir en el Código Civil el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia (art. 93.3 CC, tras la redacción que pretendía darle el art. 1.5 del Anteproyecto).

45 Los gastos voluntarios han sido previstos también por la norma aragonesa (aunque los denomina gastos extraordinarios no necesarios) (art. 82.4 CDFa); y el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia pretendía introducirlos también en nuestro Código Civil (art. 93.2 CC, tras la redacción que le hubiera dado el art. 1.5 del Anteproyecto).

posibilidad de adoptar un régimen de comunicación y estancia en los supuestos de custodia compartida (art. 1.4, en la redacción que pretendía dar al nuevo art. 92 bis.2 CC)<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> El mencionado precepto preveía que el juez se pronunciara sobre el régimen de estancia, relación y comunicación de los hijos menores con el progenitor que no tuviera atribuida su guarda y custodia o durante el periodo que no conviviera con cada uno. Con esta última expresión "o durante el periodo que no convivan con cada uno", se estaba admitiendo implícitamente la posibilidad de fijar un régimen de comunicación y estancia en los supuestos de custodia compartida.

## BIBLIOGRAFÍA

ALASCIO CARRASCO, L. y MARÍN GARCÍA, I.: "Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art. 92 CC", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2007.

DE LA IGLESIA MONJE, M<sup>a</sup> I.: "Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar: análisis jurisprudencial", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año 88, núm. 732, 2012, pp. 2298-2326.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., "¿Qué es lo que queda del Derecho civil valenciano en materia de familia?", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 31, 2017, pp. 111-162.

GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup> P. y OTERO CRESPO, M.: "Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005", *Revista Jurídica de Castilla y León*, n° 8, febrero de 2006, pp. 69-105.

HERNANDO RAMOS, S.: "El informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida", *La Ley*, núm. 7206, 2009, tomo 3, pp. 2038-2042.

MARTÍNEZ CALVO, J.: "Determinación del régimen de guarda y custodia: criterios jurisprudenciales (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo n° 257/2013, de 29 de abril)", *La Ley Derecho de Familia*, mayo, 2015, pp. 1-25.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio", en: *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia* (coord. C., MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), 5<sup>a</sup> ed., Edisofer, Madrid, 2016, pp. 187-222.

MAYOR DEL HOYO, M<sup>a</sup> V.: *La regulación autonómica de la guarda administrativa de menores*, 1<sup>a</sup> ed., Cedecs, Barcelona, 2000.

ORTUÑO MUÑOZ, P.: "La mediación familiar", en: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja*, (dir. M<sup>a</sup> C., GARCÍA GARNICA), 1<sup>a</sup> ed., Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, pp. 375-386.

SERRANO GARCÍA, J. A.: "La custodia compartida aragonesa en la primera jurisprudencia", *Actas de los vigesimosegundos encuentros del Foro de Derecho Aragones*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012, pp. 181-294.

TAMAYO HAYA, S.: "La custodia compartida como alternativa legal", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año 83, núm. 700, 2007, pp. 667-712.

TENA PIAZUELO, I.: "Custodia compartida en Aragón (Ley 2/2010): ¿niños de primera?"; *Aranzadi civil-mercantil*, vol. 1, núm. 1, abril, 2011, pp. 79-102.

## OTROS RECURSOS

Consejo General del Poder Judicial, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de Nulidad, Separación y Divorcio*, <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPJ-aprueba-el-informe-al-Anteproyecto-de-Ley-de-corresponsabilidad-parental>

Fiscalía General del Estado, *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de Nulidad, Separación y Divorcio* [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/INFORME\\_CF\\_CUSTODIA\\_COMPARTIDA\\_DEFINITIVO.pdf?idFile=1907c598-d5c0-4480-b6f0-10ccbe0497d1](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/INFORME_CF_CUSTODIA_COMPARTIDA_DEFINITIVO.pdf?idFile=1907c598-d5c0-4480-b6f0-10ccbe0497d1).