

LA CUANTIFICACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LA PENSIÓN
ALIMENTICIA EN EL RÉGIMEN DE CUSTODIA COMPARTIDA
QUANTIFICATION AND DISTRIBUTION OF ALIMONY IN THE
REGIME OF JOINT CUSTODY

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 173-194.

Fecha entrega: 06/01/2015
Fecha aceptación: 15/07/2015

Dra. FABIOLA MECO TÉBAR
Profesora Asociada de Derecho Civil
Universidad de Valencia
fabiola.meco@uv.es

RESUMEN: La pensión alimenticia en la custodia compartida no está regulada en nuestro ordenamiento jurídico, de tal forma que no encontramos reglas precisas para su cuantificación y distribución entre los progenitores del menor. Estos cauces de solución de conflictos deben encontrarse en los acuerdos entre progenitores, la doctrina de los autores y de los Tribunales de justicia.

PALABRAS CLAVE: custodia compartida, pensión alimenticia, interés del menor, proporcionalidad, necesidad, convivencia.

ABSTRACT: Alimony in joint custody is not regulated in our legal system, so that we do not find precise rules for its quantification and distribution between the child's parents. Those channels of dispute resolution must be found in agreements between parents, the doctrine of the authors and the courts of Justice.

KEY WORDS: joint custody, alimony, interest of the minor, proportionality, necessity, coexistence.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LOS FALSOS POSITIVOS.- II. CRITERIOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES PARA LA CUANTIFICACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA.- 1. La proporcionalidad entre la posibilidad y la necesidad.- 2. El tiempo de convivencia.- 3. Otros criterios: la vivienda, los recursos propios del menor y los pagos directos de gastos por los progenitores.- III. DESLINDE ENTRE GASTOS ORDINARIOS Y EXTRAORDINARIOS EN LA JURISPRUDENCIA Y EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA.- IV. MODALIDADES DE SATISFACCIÓN DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA.- V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN: LOS FALSOS POSITIVOS.

La pensión de alimentos en las crisis familiares constituye sin lugar a dudas una de las piedras angulares de las mismas, junto con la pensión compensatoria. Con un fundamento distinto, enmarcado en el principio de necesidad y no en el de desequilibrio como lo está la pensión compensatoria; en la pensión alimenticia los progenitores y/o los reconocidos como padres/madres tienen la obligación inexcusable de atender las necesidades de sus hijas/os, durante su minoría e incluso una vez alcanzada la mayoría de edad, siempre que en este último caso no tengan suficiencia económica y la necesidad o dependencia familiar no haya sido creada por la conducta del hijo/a.

Se trata pues de una obligación, la de alimentos, que en este caso deriva de la relación de filiación -categoría ésta más amplia que la de la procreación- y el correspondiente vínculo paterno/materno-filial, según se desprende del art. 39.3 de la Constitución española (en adelante CE) según el cual “*los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante la minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda*”. Y no exclusivamente, aunque también, de la patria potestad -art. 154 Código civil (en adelante CC)- pues como establece el art. 110 CC “*el padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos*”, que debe ser valorado junto con el art.111 CC que establece los supuestos de exclusión de la patria potestad¹.

¹ En este sentido puede verse PADIAL ALBÁS, A: *La obligación de alimentos entre parientes*. Barcelona (1997): J.M. Bosch, p. 30; ROGEL VIDE, C.: *Alimentos y auxilios necesarios para la vida*. Madrid (2012): Colección Claves de la Jurisprudencia, p. 27; LÁZARO PALAU, C.M.: *La pensión alimenticia de los hijos. Supuestos de separación y divorcio*. Pamplona (2008): Aranzadi, p. 30.

En este sentido, las personas reconocidas como padres/madres, ambos, tienen la obligación de colaborar activamente en la satisfacción de las necesidades de sus hijos y determinarlas en consideración al nivel de vida estable habido en la familia y disfrutado por el menor, y en proporción adecuada a su caudal económico². Este caudal puede experimentar variaciones al alza o a la baja que pueden afectar de manera decisiva a la cuantificación de la pensión de alimentos. En la práctica, esta situación se materializa en los casos de separación/divorcio de mutuo acuerdo o de carácter contencioso en los que la guarda y custodia se atribuye a favor de uno sólo de ellos, en que el otro, el progenitor no custodio, es quien debe abonar una pensión de alimentos a favor del menor/menores en una cuenta bancaria designada por el progenitor custodio, que también debe contribuir a cubrir las necesidades del menor directamente. Pero ¿qué sucede en los casos de custodia compartida? ¿Subsiste el concepto de pensión de alimentos? ¿Quién y dónde ingresa la cuantía que se determine para atender las necesidades? ¿En base a qué criterios se cuantifica y distribuye la pensión? ¿Quién administra el fondo común en caso de que ingresos ambos?

Todas estas cuestiones han suscitado el interés y preocupación de la doctrina, del legislador autonómico -antes que del estatal que no se refiere a ella- que ha atendido de manera desigual en las distintas regulaciones autonómicas de la custodia compartida existentes en el territorio español³, y por último de la jurisprudencia que está sentando los pormenores de una realidad que constituye en la práctica una fuente inagotable de conflictos que redundan en perjuicio del interés de los más necesitados de protección, los menores. Es por ello, por lo el interés de este artículo se centra en determinar algunos aspectos clave sobre la cuantificación y distribución de la pensión de alimentos en los casos de custodia compartida.

Como es bien sabido, el tardío anclaje legal en España de la custodia compartida (2005), ha contribuido decisivamente a imprimir un sesgo

² STS 30 abril 2013 (EDJ 2013, 55342) “valorar si es o no procedente redistribuir la capacidad económica del obligado, sin comprometer la situación de ninguno de los menores, en cuyo interés se actúa, exige ponderar no sólo las posibilidades económicas del alimentante sino las del otro progenitor que tiene también la obligación de contribuir proporcionalmente a la atención de los alimentos de los descendientes, según sean sus recursos económicos”.

³ Hasta el momento se han promulgado las siguientes legislaciones autonómicas sobre custodia compartida: Ley 2/2010 de 26 de mayo de Aragón de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, Ley 25/2010 de 29 de julio de la Generalitat de Cataluña que reforma el libro 2º del Código civil de Cataluña, referente a la persona y familia, en sus arts. 233-9,10 y 1, Ley Foral 3/2011 de 17 de marzo de Navarra sobre custodia de los hijos en casos de ruptura de la convivencia de los padres) y Ley 5/2011 de 1 de abril de la Generalitat Valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

radicalmente distinto en la valoración de esta modalidad de guarda y custodia, a nivel doctrinal y jurisprudencial, al ser hoy considerada como un régimen normal y no excepcional a dictaminar en interés del menor⁴. El acceso a la misma puede producirse, en primer término, por acuerdo entre los progenitores -plasmado en el correspondiente convenio regulador- o, en caso de desavenencia respecto a quién de los dos deba atribuírsele la guarda y custodia y a instancia de al menos uno⁵, por decisión judicial fundamentada en la salvaguarda del interés del menor junto con otros criterios legales y jurisprudenciales no menos relevantes para buscar la justicia del caso concreto⁶. Será pues en ese convenio o en las resoluciones que resuelvan el conflicto derivado de las crisis familiares donde se ha de encontrar la respuesta a dos falsos positivos que afectan a la pensión alimenticia en la custodia compartida, a saber:

A) Custodia compartida significa reparto igualitario del tiempo de convivencia con los menores.

La doctrina y la jurisprudencia ha tratado de poner orden en un complejo pluralismo terminológico, hasta el punto de preguntarse si en los casos en que la guarda y custodia se atribuye a ambos progenitores no simultáneamente es lo mismo hablar de custodia compartida que de custodia alterna o sucesiva. Quienes aprecian que son dos conceptos distintos han tratado de delimitarlos relacionándolos con la mayor o menor duración de los

⁴ STS 25 noviembre 2013 (RJ 2013,7873) considera en la actualidad la custodia compartida como un régimen normal y no excepcional por cuanto que fomenta la integración del menor con ambos progenitores, estimula la cooperación de éstos en beneficio del menor, evita en el menor el sentimiento de pérdida afectiva y salva los desequilibrios en los tiempos de estancia y acompañamiento del menor.

⁵ Habrá que ver la suerte que corre el criticado Anteproyecto estatal de ley sobre ejercicio de corresponsabilidad parental en casos de nulidad, separación o divorcio, de 19 de julio de 2013, que pretende dar un paso más al reconocer la posibilidad de que la custodia compartida se aprecie de oficio sin que ningún progenitor la solicite. De interés resulta lo dispuesto por el Consejo General del Poder Judicial respecto de este Anteproyecto al sostener al respecto “que la opción seguida debería ser repensada, pues el hecho de que ninguno de los progenitores interese el ejercicio compartido de la guarda y custodia deja entrever la falta de credibilidad de aquéllos, respecto de un modelo que exige un alto grado de cooperación para que resulte exitoso, toda vez que las decisiones relativas al cuidado de los menores y las pautas educativas a seguir necesariamente deberán ser consensuadas, so riesgo, en caso contrario, de revertir negativamente en el interés del menor”.

⁶ Sobre los diferentes criterios puede verse más en detalle: LATHROP GÓMEZ, F.: *Custodia compartida de los hijos*. Madrid (2008): La Ley, pp. 497-539; RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F.: *Ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven*. Navarra (2011): Thomson Reuters, pp. 113-120; VIÑAS MAESTRE, D.: “Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda”, *InDret* (2012). Septiembre, p. 12 y ss.; CRUZ GALLARDO, B.: *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*. Madrid (2012): La Ley, pp. 495-50.

tiempos de convivencia de los progenitores con sus hijos/as no sin cierta polémica⁷.

En mi opinión se trata de diversos enfoques de una misma realidad, pues mientras la custodia alterna coloca el acento en los períodos de convivencia de los hijos con sus progenitores (sean éstos de idéntica duración o no), la custodia compartida está centrando la mirada en la corresponsabilidad parental en el ejercicio de la guarda y custodia, esto es, en el reparto equitativo de derechos y deberes respecto de los hijos y no tanto en los tiempos de estancia o convivencia con ellos. Por eso entiendo acertada la expresión “custodia compartida en alternancia”, que pone en valor ambas dimensiones de un mismo fenómeno la guarda y custodia conjunta no simultánea. Especialmente gráfico resulta el Preámbulo de la ley Aragonesa 2/2010, de 26 de mayo de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, en el que clarifica la diferencia entre la custodia compartida y la custodia alternativa al decir que “custodia compartida no implica necesariamente una alternancia en la residencia de los hijos con sus progenitores en períodos iguales pero sí en un tiempo adecuado para el cumplimiento de la finalidad de la custodia compartida”. Y sobre la base de lo cual el legislador navarro en la Ley foral 3/2011 de 17 de marzo sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, que en su art. 6.5 establece “Si decide la custodia compartida, el Juez fijará un régimen de convivencia de cada uno de los padres con los hijos, adaptado a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos padres el ejercicio de sus derechos y obligaciones *en situación de equidad*”.

Equidad en el reparto de las obligaciones y de los tiempos y no igualdad de los mismos que es el término que utiliza desde mi punto de vista indebidamente tanto la Ley aragonesa 2/2010 de 26 de mayo de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres como la ley valenciana 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, en preceptos de similares características que conceptúan la custodia compartida (art. 6.1 y 3 a respectivamente).

B) Custodia compartida significa que no hay que satisfacer pensión de alimentos, pues cada cónyuge paga los gastos de los menores cuando los tiene consigo.

Esta afirmación, de aplicarse sin matiz, llevaría implícita en sí misma una consecuencia sustancialmente injusta para los menores en aquellos casos, muchos, en los que un progenitor tiene unos recursos económicos superiores

⁷ Una síntesis de esta polémica puede verse en RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F.: *Ejercicio de*, cit., pp. 65-68; o en LATHROP GÓMEZ, F.: *Custodia*, cit., pp. 275-276.

al otro, pues ello supondría trasladar los desequilibrios a la esfera de la estabilidad de los menores.

Interesante resulta a este respecto la jurisprudencia sentada por el TSJ de Cataluña al establecer que “no puede contemplarse como un efecto necesario o ineludible de la guarda y custodia conjunta o compartida la extinción de la obligación de uno de los progenitores –o de los dos- de abonar una pensión de alimentos a favor de los hijos, toda vez que debe procurarse un equilibrio y una razonable estabilidad en la calidad e intensidad de su cuidado integral, en lugar de someterlos a los vaivenes derivados de la diferente capacidad adquisitiva de sus progenitores custodios, y ello incluso en aquellos supuestos en que el tiempo de permanencia con los hijos/as sea idéntico”⁸.

II. CRITERIOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES PARA LA CUANTIFICACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA

La cuantificación de la pensión de alimentos en la custodia compartida se opera en virtud de la aplicación de una serie de criterios abstractos que han sido identificados por la legislación estatal y concretados en mejor grado por algunas legislaciones autonómicas, así como por la jurisprudencia. Partiendo de la base ya expuesta de que ambos progenitores han de atender con carácter imperativo las necesidades del menor (art. 39.3 CE), es significativo, por las materias que se van a abordar a continuación, el pronunciamiento de la AP de Barcelona 12 enero 2007 (ROJ 2007, 1312) sobre la custodia compartida al decir que “es una modalidad de la responsabilidad parental, tras la crisis de la relación de pareja, en la que tanto el padre como la madre están capacitados para establecer una relación viable entre ellos basada en el respeto y en la colaboración con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de *distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro*”.

En aras a concretar esa *justicia y proporcionalidad* del caso concreto en materia de alimentos en el régimen de custodia compartida, es útil partir del Código civil en su art. 93 donde otorga al respecto un importante papel al juez, al establecer que éste “en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento”. Así pues, el legislador avala la intervención directa del Juez en aquellos casos de

⁸ STSJC 1 Julio 2013 (ROJ 2013,6225)

custodia compartida contenciosa, en la que los cónyuges no hayan podido alcanzar un acuerdo voluntario satisfactorio o, en aquellos casos de custodia compartida consensuada en la que la determinación de la cuantía pone en riesgo la atención debida a las necesidades de los menores, orientando a los progenitores a revisar el acuerdo alcanzado. Y al tiempo destaca este precepto la más que posible mutabilidad de las circunstancias económicas de los alimentantes y de las necesidades de los alimentistas que precisará de fórmulas de reajuste que habrá de contemplarse en la resolución que ponga fin al conflicto a fin de no eternizarlo o profundizarlo.

Varios son los aspectos que *grosso modo* inciden en la cuantificación de la pensión de alimentos en la guarda y custodia compartida, a saber, la proporcionalidad entre los recursos de los progenitores alimentantes y las necesidades del alimentista, el tiempo de convivencia de éste con aquellos y otros criterios no menos relevantes, como la atribución de la vivienda, la asunción de gastos directos o la contribución a las cargas familiares.

1. La proporcionalidad entre la posibilidad y la necesidad.

La legislación estatal contempla este primer criterio en el art. 146 CC cuando afirma que “la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los percibe”, que establece una fórmula para la cuantificación que no es inmutable ni siquiera para el régimen de guarda y custodia compartida; y que por tanto puede experimentar variaciones al alza o a la baja según reconoce el art. 147 CC en atención al cual los alimentos “se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos”.

La legislación autonómica en materia de custodia compartida se ha hecho eco de los principios de proporcionalidad y de necesidad reflejándolos directamente en su articulado como puede verse en art. 8.1 y 2 de la Ley aragonesa 2/2010, el art. 7.1 y 2 de la Ley valenciana 5/2011, o por remisión como hace el art. 233.10.3 del Libro II del Código Civil de Cataluña al decir que la forma de ejercer “la guarda no altera el contenido de la obligación de alimentos”.

Los alimentos de los hijos se rigen por el criterio de la necesidad. Las necesidades del alimentista aparecen identificadas en grandes categorías en el art. 142 CC (alimento o sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción). Y la doctrina y la jurisprudencia las ha delimitado entre lo que se consideran gastos ordinarios y extraordinarios a los que después me referiré. Ciertamente es que no se está aludiendo a una realidad

inmutable, pues las etapas de crecimiento de los hijos van modulando las necesidades de éstos e incrementando los gastos precisos para cubrirlas. Además la identificación de las necesidades se encuentra en estrecha conexión con el nivel de vida de la familia, no siendo por tanto generalizables dichas necesidades, de tal suerte que lo que para una familia por su tren de vida pudiera ser considerado como normal (colegios y sanidad privada, personal de servicio, viajes al extranjero, etc.), para otra entraría dentro de lo excepcional e incluso de lo inalcanzable. Por ello, por esa plasticidad de la realidad que puede arrojar escenarios bien diversos, el operador jurídico se ve dificultado para concretar el límite máximo en que se fijan las necesidades de los hijos. No así para concretar lo que considera el *mínimo vital*, que la jurisprudencia ha situado, en casos marcados por las dificultades económicas y/o de salud, entre los 100 y los 180 euros por hijo al mes⁹. Y cuyo no reconocimiento por los Tribunales, determinaría amparar a nivel judicial un posible y auténtico abandono del menor o menores¹⁰.

El otro polo de la ecuación para afrontar la pensión de alimentos va a estar directamente relacionada con la capacidad económica de los progenitores al tiempo de concretarse dicha pensión, sin perjuicio de que la cuantía que se determine pueda sufrir alteraciones con posterioridad, al alza o a la baja, por circunstancias sobrevenidas de carácter estable y de relevancia y entidad suficiente. Para medir dicha capacidad económica se tomará en consideración (de mutuo acuerdo o por el juez) todos los elementos que pueden incidir en la situación patrimonial de los progenitores (ingresos salariales u otros, cuentas corrientes o de ahorro, propiedades materiales e inmateriales, recursos previsibles, etc.)¹¹.

Ha de considerarse, en aras a establecer un reparto equitativo de los gastos ordinarios y extraordinarios que integran la pensión de alimentos, la capacidad económica de ambos progenitores pues ambos son alimentantes y están obligados a atender las necesidades de los menores, e incluso una vez

⁹ SAP Valencia 29 enero 2014 (EDJ 2014, 47569) entiende el “mínimo vital” como mínimo imprescindible para el desarrollo de la existencia del mismo en condiciones de suficiencia y dignidad. En parecidos términos refiere la SAP Almería 4 marzo 2014 “no podemos olvidar que la cantidad fijada de 150 euros por hijo, atendida la edad de 10 y 17 años, se constituye en un mínimo vital o de subsistencia para cubrir las necesidades propias de esa edad, junto al deber de contribución proporcional de la madre”.

¹⁰ SAP A Coruña 16 mayo 2014 (EDJ 2014, 132464).

¹¹ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *Derecho de familia y de la persona*, Tomo III, Barcelona (2007): Bosch, pp. 765-766, que considera que los medios del alimentante incluyen: las rentas y frutos tanto del capital como del trabajo, los rendimientos de toda clase de actividades, el propio caudal o capital y la capacidad de trabajar o de producir e incluso la obligación de trabajar para procurarlos cuando se trata del cónyuge y de los hijos menores.

alcanzada éstos su mayoría de edad. Una valoración de esta situación puede arrojar distintos escenarios que pueden repercutir en los modos de distribución de la pensión de alimentos, como a continuación puede verse:

A) Situación 1. Progenitores con nivel de ingresos iguales o similares

En estos casos, la doctrina¹² y la jurisprudencia viene estableciendo la conveniencia de que cada progenitor satisfaga directamente la alimentación, incluso en algunos casos algunos gastos ordinarios fijos (transporte, vestido, ocio, medicamentos, etc.) cuando los hijos están bajo su guarda y custodia por períodos; al tiempo que considera conveniente el aporte de una cantidad suplementaria o complementaria en una ratio de un cincuenta por ciento del total a un fondo común con cargo al cual se atiende el pago de otros gastos ordinarios que se abonan puntualmente como escolaridad y gastos anejos (material escolar, uniforme), seguros médicos, actividades extraescolares, etc. y con cargo al cual también puedan satisfacerse gastos extraordinarios¹³. Si bien, también existen casos en los se establece que los padres atiendan directamente los pagos referidos en el momento en que se produzcan, sin necesidad de la creación de fondo común alguno, que se visualiza como una fuente de conflicto a la hora de su administración¹⁴.

B) Situación 2. Progenitores con distinto nivel de ingresos

En el segundo escenario se valora la realidad de aquellas familias en las que los ingresos de uno y otro progenitor difieren entre si hasta el punto de no resultar equilibrada la distribución al cincuenta por ciento de los gastos derivados de las necesidades de los menores a su cargo. Se requiere en estos casos de otras fórmulas de distribución de gastos para ambos progenitores. En este sentido, puede contemplarse una doble perspectiva:

a) Un progenitor tiene más capacidad económica que el otro.

En el supuesto en que uno de los progenitores cuente con más capital o ingresos que el otro, parece acertado reconocer como hace la jurisprudencia “que es justo y equitativo, además de acorde con los arts. 145 y 146 del CC., que los progenitores alimentantes contribuyan a sufragar esos gastos de los hijos en proporción a sus respectivos ingresos (dado que ambos asumen una

¹² TAPIA PARREÑO, J.J.: “La custodia compartida en la doctrina de las Audiencias Provinciales”, *Cuadernos de Derecho Judicial* (2009). II, p. 241.

¹³ SSAP Castellón 14 octubre 2003 (EDJ 2003,145843), Baleares 24 enero 2012 (EDJ 2012, 7628).

¹⁴ SSAP Barcelona 30 enero 2014 (EDJ 2014,10869), que prefiere en estos casos seguir el sistema de pago establecido en la custodia unilateral y uno abone una pensión de alimentos mensual al otro con independencia de que tenga o no a los menores a su cargo y el otro sea el gestor de los gastos ordinarios, pretendiendo con ello evitar todo tipo de conflictos.

igual dedicación temporal al cuidado de los hijos, cuya compañía se reparten por períodos semanales alternos)”, lo que en esta sentencia se tradujo en concluir que “es claro que la contribución de la Sra. Amparo ha de ser superior a la del Sr. Jesús, ya que los ingresos de aquella son muy superiores a éste”¹⁵. Por consiguiente, como esta resolución judicial ejemplifica ha de ser mayor el aporte a las necesidades del menor del que más capacidad económica tenga a fin de no hacer más onerosa el cumplimiento de la obligación de alimentos a uno de los progenitores¹⁶.

Partiendo en estos contextos de la creación de un fondo común en el que ambos progenitores realizarán su aporte, la pregunta que surge a continuación es doble. De un lado, en qué se traduce ese mayor aporte del progenitor que más ingresos tiene, o dicho en otros términos, qué cuantía le corresponde satisfacer a cada progenitor del total en que se cuantifica la suma de las necesidades del menor. A este respecto la jurisprudencia ha dado diversas soluciones o respuestas según el caso:

- Una solución cuantitativa determinable, en aplicación de una simple operación aritmética calculando un porcentaje sobre la pensión de alimentos. Así, es posible visualizar repartos de la pensión de alimentos en custodia compartida que responden a ratios de 60 y 40%¹⁷ o de 70 y de 30%¹⁸ que se calcula sobre la cuantía total a aportar por los dos progenitores con la que se estima se cubren todas las necesidades del menor. Este porcentaje se obtiene por el juez o por los propios progenitores en atención a una ponderación de los ingresos que tienen, y que bien pudiera obedecer a otra distribución en virtud del principio de autonomía de la voluntad. La problemática se centra en concretar cuál es la cuantía sobre la que se calcula el porcentaje, pues no conocerla puede determinar innecesarios conflictos¹⁹.

¹⁵ SAP Castellón 27 septiembre 2013 (Tirant Online 2013,108).

¹⁶ En idénticos términos SSAP Barcelona 10 enero 2014 (EDJ 2014, 10833) y SAP Baleares 19 mayo 2014 (EDJ 2014, 97852) que establece que la “diferencia en la capacidad económica 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”.

¹⁷ SSAP Barcelona 30 enero 2014 (EDJ 2014, 10869) y Zaragoza 30 marzo 2012 (EDJ 2012, 57447).

¹⁸ STSJ Cataluña 30 marzo 2013 (EDJ 2013, 129732), SAP Castellón 7 enero 2013 (EDJ 2013, 54702).

¹⁹ SAP Barcelona 7 octubre 2010 (ROJ 2010, 7108), parte de la dificultad para instrumentar el pago de los alimentos en la custodia compartida al no contemplar la ley más que el principio de proporcionalidad, y señala que en todo caso “los pronunciamientos deben ser claros y ejecutables para garantizar el derecho de alimentos de los hijos y garantizar la viabilidad de la custodia compartida, evitándose distribuciones porcentuales, no

- Una solución cuantitativa determinada, fijando la cuantía exacta en la que cada progenitor ha de contribuir a sostener las necesidades del menor, evitando con ello posibles conflictos en la determinación posterior de la cuantía respecto a la que se ha de aplicar el porcentaje referido en caso de no concretarse la misma²⁰.

- Una solución cuantitativa valorizada, identificando el juez los gastos que el progenitor que más ingresa deberá satisfacer directamente a fin de lograr el equilibrio y justicia del caso concreto que no haga de peor condición al progenitor con menos capacidad económica²¹.

De otro lado preocupa qué gastos irá a satisfacer ese fondo común en el caso de ser constituido: si todos (ordinarios y extraordinarios), algunos ordinarios no cubiertos por los progenitores cuando los menores están a su cargo y extraordinarios, o sólo los extraordinarios. A este respecto resulta minoritaria la acogida de la primera opción en la doctrina y la jurisprudencia que tienden a avalar en mejor grado las otras dos posibilidades²².

cuantificadas –por ejemplo 40% de los gastos uno y 60% el otro- que producirán numerosos problemas de ejecución ante la dificultad de cuantificar numéricamente todos los gastos, y desembocarán en situaciones de desprotección del menor y de mal funcionamiento de la custodia compartida”.

²⁰ SAP Murcia 22 diciembre 2011 (EDJ 2011, 304300) que reconoce que “el hecho de que se haya acordado el régimen de custodia compartida, no presupone indefectiblemente que no pueda fijarse pensión de alimentos en favor de la hija menor y a cargo de uno de los progenitores, como ocurre en el presente caso, pues es evidente la desigualdad de ingresos de uno y otro de los padres de la menor, por lo que está plenamente justificado el señalamiento de una pensión de alimentos en favor de la menor, ello teniendo en consideración los períodos en que ha de convivir con la madre, circunstancia esta que no tiene por qué repercutir negativamente en cuanto a las necesidades derivadas del derecho de alimentos de la menor, en función del nivel de vida familiar y en este caso de los elevados ingresos del padre”.

²¹ STSJ Cataluña 5 septiembre 2008 (2008, 9511) que establece que “siendo harto superiores los recursos económicos del padre frente a los de la madre, la Sala – asumiendo el detalle de los mismos contenidos en las susodichas resoluciones- estima totalmente adecuada y ponderada la solución adoptada por la Juez ‘a quo’, ratificada por el Tribunal ‘ad quem’, esto es, que, además de los gastos cotidianos -cabalmente descritos- que debe sufragar cada progenitor en el período en que permanezca con sus hijas, Milagros y Alicia, ‘el Sr. Baltasar se hará cargo de todos los recibos que se generen por la educación, actividades extraescolares y deportivas, cuotas de AMPA, salidas escolares, libros y material, que abonará directamente a los correspondientes centros, así como también del pago de la mutua médica de las hijas, y del pago de los gastos de móvil de éstas’, pues con ello se cumplimenta perfectamente el criterio o la regla de la proporcionalidad para el abono de los alimentos -Art. 259 C.F.”.

²² CRUZ GALLARDO, B. *La guarda*, cit., p. 355, según el cual “la distribución de la prestación de alimentos, en el régimen de custodia compartida, debe quedar reducida al reparto de los gastos extraordinarios y aquellos considerados ordinarios de importancia (gastos de colegio

b) Un progenitor se encuentra en situación de desempleo o de subsidio.

El escenario puede adquirir connotaciones distintas en aquellos casos en los que si bien ambos ingresan, uno de ellos lo hace en régimen de desempleo o de subsidio al finalizar la prestación por desempleo a la que tenía derecho. Evidentemente la obligación de alimentos hacia sus descendientes no se extingue por el hecho de disponer de menos ingresos que los que obtenía en activo, debiendo -eso sí- ajustarse la pensión alimenticia a satisfacer a su capacidad económica actual²³. Si bien, en conexión con lo dispuesto anteriormente será el progenitor que más ingresos de los dos tenga el que más aporte al caudal común con el que se afrontará el pago de los gastos ordinarios y extraordinarios de los hijos.

En el caso en que ambos ostenten la condición de desempleado, el criterio es el mismo, se debe ponderar los ingresos de ambos progenitores a los efectos de ajustar la pensión de alimentos a satisfacer a la nueva situación económica de los mismos. Esta realidad puede incidir en una modificación del nivel de vida que los hijos venían disfrutando. Por consiguiente, la proporcionalidad entre la necesidad y la posibilidad se hará más patente que nunca en estas realidades tan presentes desgraciadamente en hogares españoles.

Por último cabe plantearse si esta condición de desempleado puede impedirle el acceso al régimen de custodia compartida. En mi opinión, de conformidad con lo que se viene exponiendo nada impide que esta circunstancia sea óbice para el reconocimiento de dicho régimen, más cuando el mayor tiempo disponible pudiera convertirlo en el progenitor idóneo por la mayor implicación y disposición en mejor grado para el desarrollo de los menores que determina el régimen de custodia compartida.

C) Situación 3. Sólo uno de los progenitores obtiene ingresos.

Para concluir este abanico de posibilidades respecto de la capacidad económica de los progenitores, conviene pensar en el supuesto en que sólo uno de ellos obtenga ingresos o cuente con medios para hacer frente a los gastos de los descendientes a su cargo.

y material escolar), puesto que los demás gastos ordinarios corresponderán a cada progenitor desde el momento en que conviva con los hijos.

²³ SAP Pontevedra 9 julio 2014 (EDJ 2014,1 35661), que establece que “como reconocimiento de ese deber esencial, inherente a los deberes de patria potestad, los tribunales, aun en casos de minoración de recursos económicos, mantienen el deber de alimentos, aun a costa del sacrificio del progenitor, a fin de asegurar lo que se ha dado en llamar un ‘mínimo vital’ o ‘de subsistencia’”.

Considero que esta situación debe resolverse, como ha hecho la jurisprudencia, determinando que el progenitor con ingresos satisfaga el íntegro de las necesidades ordinarias y extraordinarias de los hijos mediante el pago de una pensión al otro durante los períodos que tenga al menor o menores consigo en tanto dicho progenitor no tenga medios con los que poder afrontar los gastos. No comparto sin embargo, la opinión doctrinal expresada por IVARS en el sentido de que sólo ese progenitor pueda ser beneficiario de la custodia y no quepa en estos casos la custodia compartida, pues siguiendo esta lógica –ilógica- hubiera entonces que haberles negado la custodia unilateral a las mujeres que, sin ingresos, han sido titulares de la misma durante largo tiempo por acuerdo o por decisión judicial²⁴. Carece por consiguiente de todo fundamento sacrificar el interés del menor, que queda salvaguardado en mejores condiciones por la custodia compartida, por el hecho de que uno de los cónyuges pueda no tener ingresos estable o temporalmente.

2. El tiempo de convivencia con los hijos.

Otro de los parámetros a valorar en la cuantificación de la pensión de alimentos en la custodia compartida es el tiempo de convivencia con los hijos. A este respecto resulta de interés lo dispuesto en el Libro II del Código Civil de Cataluña, art. 233-10, 3 en sede de ejercicio de la guarda por cuanto establece que “la forma de ejercer la guarda no altera el contenido de la obligación de alimentos hacia los hijos comunes, si bien es preciso ponderar *el tiempo de permanencia de los menores con cada uno de los progenitores* y los gastos que cada uno de ellos haya asumido pagar directamente”. Ciertamente este precepto viene a clarificar que el tiempo de convivencia con los menores ha de ser tenido en cuenta a la hora de cuantificar la pensión de alimentos.

Sobre el particular puede destacarse la STSJ de Cataluña 31 julio 2008 (ROJ 2008, 7475) que considera que “bajo la denominación equívoca de custodia "compartida" pueden hallar amparo diversas situaciones de convivencia de los hijos con sus progenitores -partida, repartida, rotativa, alterna, conjunta-, que supongan un reparto no necesariamente igual del tiempo de convivencia con cada uno de los padres y/o de las tareas o funciones que en relación con su cuidado diario cada uno de ellos se obligue a asumir, en razón a muy

²⁴ IVARS RUIZ, J.: *La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del Código civil. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y jurisprudencia*. Valencia (2007): Tirant lo Blanch, 123, según el cual la precariedad de uno de los progenitores dificultaría “ab initio” la adopción de un régimen de custodia compartida por no poder responder materialmente de la situación derivada del mismo, y también facultaría para una solicitud de cambio de sistema de guarda a favor de uno unilateral o exclusiva para el cónyuge con situación laboral estable.

diversos factores (la diferente edad de los niños, su comodidad y confort, su aprovechamiento escolar, sus problemas evolutivos particulares, el horario laboral y la disponibilidad efectiva de los padres, etc.), por lo que *no tiene nada de extraño que las situaciones de desigualdad en el tiempo de convivencia con uno y otro progenitor puedan compensarse mediante la correspondiente pensión de alimentos*²⁵.

Por su parte la Ley valenciana en su art. 7.4 da igual relieve a esta cuestión al disponer en su art. 7.4 que “en función del régimen de convivencia con los hijos e hijas menores que se haya establecido, la autoridad judicial decidirá el modo concreto en que hayan de ser satisfechos los gastos de atención a los hijos e hijas menores”, aludiendo claramente a la distribución y cuantificación de la pensión de alimentos en régimen de custodia compartida.

En este mismo sentido parece apuntar también el art. 5 del Anteproyecto de Ley estatal de corresponsabilidad parental que prevé la modificación del art. 90 CC en su apartado c), y que también prevé contemplar esta circunstancia del “tiempo de permanencia de los menores con sus padres”, como algo a valorar en la determinación de la contribución de los progenitores a los alimentos de los hijos.

Lógicamente una mayor permanencia o estancia de los menores con sus hijos implica la asunción directa de gastos de alimentación o de otro tipo, que debe valorizarse por cuanto determina un menor gasto para el otro progenitor.

No existe, ni parece recomendable, fijar un modelo de alternancia que fije la distribución de los periodos de estancia de los menores con los progenitores, que se aplique generalizadamente sin valorar las circunstancias del caso, pues el éxito del sistema que se establezca está en que se trate de un régimen a medida de cada realidad familiar, y para ello se deberá sopesar y ponderar, entre otros, los aspectos laborales, escolares, extraescolares y personales como la edad del menor, la salud o las habilidades de los progenitores que en cada grupo familiar son absolutamente distintos. Y una vez establecidos los periodos de estancia, deberán éstos ser tenidos en cuenta a la hora de cuantificar la pensión de alimentos.

3. Otros criterios: la vivienda, los recursos propios del menor y los pagos directos de gastos por los progenitores.

Junto con los criterios de proporcionalidad entre la capacidad económica de los progenitores y las necesidades del menor, se visualizan otros criterios que

²⁵ Con posterioridad a dicha sentencia y creando jurisprudencia vid. STSJ Cataluña 5 septiembre 2008 (2008, 9511) en idénticos términos.

han sido objeto de atención por la legislación y la jurisprudencia en aras a determinar la cuantía de la pensión de alimentos en custodia compartida. De interés resulta igualmente aquí por su cuidada redacción y acogida de algunos de estos criterios el art. 5 del Anteproyecto de Ley estatal de corresponsabilidad parental que prevé la modificación del art. 90 CC en su apartado c) en el siguiente sentido: “La contribución, si procediera, a las cargas familiares y alimentos, tanto respecto a las necesidades ordinarias como extraordinarias, así como su periodicidad, forma de pago, bases de actualización, extinción y garantías en su caso, con especial atención a las necesidades de los menores, al tiempo de permanencia de éstos con cada uno de los padres, a la capacidad económica de los últimos, a la atribución que se haya realizado del uso de la vivienda familiar, a la contribución a las cargas familiares, en su caso, y al lugar en que se haya fijado la residencia de los hijos menores comunes”.

Interesante resulta en este sentido por cuanto a la vivienda se refiere la SAP Barcelona 30 enero 2014 (EDJ 2014, 10869) que a la hora de concretar la pensión de alimentos en la custodia compartida toma en consideración a quién se le ha atribuido el uso de la vivienda familiar hasta el punto de reflejar eso en un mayor importe a satisfacer por la madre, adjudicataria del uso, en concepto de alimentos. Así establece “el mantenimiento de la obligación respecto a ambos progenitores es razonable que se fije en 350 Eur. el padre y 400 la madre, compensando con ello que ésta disfrutará del derecho de uso exclusivo de la vivienda familiar, mientras que ambos han de soportar por mitad la cuota hipotecaria y los gastos que no sean los de suministros, uso, impuestos y conservación”²⁶.

Los recursos propios del menor es otra circunstancia atendida por la legislación autonómica a la hora de cuantificar la pensión de alimentos en la custodia compartida en el caso lógicamente en el que no sean suficientes para poder determinar la cesación o suspensión de la obligación de alimentos²⁷, de conformidad con lo dispuesto en el art. 152.3 CC. En efecto, aquí se alude a ingresos puntuales que pueda tener el menor por actividades remuneradas o no (becas) de las que resulte beneficiario, que no llegan a ser suficientes para atender todas sus necesidades pero que deben ser valorados para determinar

²⁶ En parecidos términos de disminución de la cuota de pensión de alimentos en custodia compartida por atribución del uso de la vivienda al otro progenitor SAP Madrid 21 abril 2009 (EDJ 2009, 305324).

²⁷ Es el caso resuelto por STS 24 octubre 2008 (ROJ 2008, 5556) de suspensión de pensión de alimentos por ser la menor beneficiada con una beca bajo la fundamentación jurídica de que “cuando el menor, como es el caso, tiene ingresos propios, estimados, según las circunstancias del caso, de entidad suficiente para subvenir completamente sus necesidades de alimentación, vestido, alojamiento y educación, nada obsta a que la prestación alimenticia pueda, no cesar, pero sí suspenderse en su percepción”.

el menor aporte que los progenitores deben realizar, en su caso, para cubrir las mismas. Sobre el interés de la cuestión puede verse la legislación aragonesa que en su art. 8. 2 establece que “la contribución de los progenitores a los gastos ordinarios de asistencia a los hijos se determinarán por el Juez en función de las necesidades de los hijos, de sus recursos y de los recursos económicos disponibles por los padres”.

Por último, la asunción de gastos del menor (de corte educativo, alimenticio –comedor del colegio-, sanitario, etc.) efectuados por un progenitor deben igualmente valorarse en términos cuantitativos para determinar la pensión de alimentos que le corresponde satisfacer, pues dichos gastos representan necesidades cuya atendibilidad corresponde a ambos progenitores en la medida de sus posibilidades económicas.

III. LOS GASTOS ORDINARIOS Y EXTRAORDINARIOS EN LA JURISPRUDENCIA Y EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA.

Conviene partir diciendo que no es mi intención elaborar una lista de los gastos ordinarios y extraordinarios que integran la pensión alimenticia, por cuanto dicha lista pudiera pecar por defecto o por exceso, ya que lo que por ordinario y extraordinario se entiende está en gran medida en función de las capacidades económicas de los progenitores, del nivel de vida o status familiar disfrutado por los menores en su compañía y de los pactos alcanzados entre ellos en un convenio regulador o incluso, como refiere el Anteproyecto de Ley de corresponsabilidad parental, del nivel de consolidación de estos gastos necesarios ordinarios antes del cese de la convivencia con sus dos progenitores.

Tampoco es mi voluntad entrar a enumerar las características diferenciales entre gastos ordinarios y extraordinarios, que no por sabidas y reconocidas en el ámbito doctrinal y jurisprudencial²⁸, constituye una materia exenta de

²⁸ LÁZARO PALAU, C.M.: *La pensión alimenticia*, cit., pp. 44-45; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *Derecho de familia*, cit., pp. 759-764, y CRUZ GALLARDO, B.: *La guarda*, cit., pp. 527-530, que caracterizan los gastos ordinarios como aquellos previsibles, necesarios y periódicos, situando entre ellos los gastos de escolaridad (matrícula, comedor, uniformes y material), alimentación, transporte, vestido y calzado, asistencia médica y farmacéutica y ocio; frente a los extraordinarios que se conciben como necesarios, imprevisibles y no periódicos, y entre los que se encuentran las actividades formativas complementarias (masters, cursos en el extranjero, oposiciones), las actividades extraescolares, las clases de refuerzo escolar, la atención sanitaria no ordinaria o excluida por la Seguridad Social (odontología, psicología, logopedia, oftalmología, entre otros), la pertenencia a clubes de ocio o recreo, etc.

polémica en la práctica, más cuando en ambos casos hablamos de gastos necesarios²⁹.

La mirada se va a centrar en verificar qué dispone respecto de ellos la legislación autonómica en el ámbito de la custodia compartida y qué criterios pueden extraerse de la jurisprudencia que resuelve casos de custodia compartida.

Respecto de la primera cuestión la legislación autonómica (aragonesa, valenciana y navarra) ha tratado de deslindar ambos conceptos y ha distinguido entre gastos ordinarios y gastos extraordinarios necesarios y no necesarios, también llamados superfluos, voluntarios u optativos, no tanto con la intención de delimitarlos, que también³⁰, cuanto de establecer los criterios del reparto del gasto de los mismos que es lo que en esta sede importa referir. Así, mientras estas legislaciones disponen que los gastos ordinarios y los extraordinarios necesarios deben ser atendidos por ambos progenitores en proporción a sus capacidades económicas o medios disponibles; pautan que los gastos extraordinarios no necesarios (voluntarios) requieren de la existencia de un previo acuerdo previo entre los progenitores o de consentimiento del otro cónyuge en orden a su satisfacción. En caso de no existir dicho acuerdo consentimiento, será asumido por el progenitor que

²⁹ De interés resulta lo dispuesto en SAP Granada 27 febrero de 2014 (EDJ 2014, 65086), manifiesta que “la delimitación entre los gastos ordinarios y extraordinarios carece de relevancia en relación al concepto de alimentos de los hijos a los que se refiere el artículo 93 del Código Civil. Ya hemos dicho que los alimentos de los hijos se rigen por el criterio de la necesidad (el artículo 142 del Código Civil utiliza la expresión ‘indispensable’), de modo que los gastos que hayan de acometerse bajo este concepto encuentran su contrapunto en los que tienen el carácter de superfluos, y así el hijo no podrá exigir a los padres sino sólo los que se califiquen como necesarios, atendiendo las circunstancias que concurran conforme a lo que disponen los artículos 93, 146 y 147 y 158 del Código sustantivo. Por tanto dicha distinción es inútil a los efectos de delimitar la obligación, pues sólo hay gastos necesarios, aunque dentro de estos serán las circunstancias las que determinaran en cada caso los concretos gastos que tienen tal carácter. No obstante lo dicho, la distinción de tales conceptos se hace en función de la distribución de las facultades de la patria potestad a que aboca la crisis matrimonial y, fundamentalmente, de las funciones de guarda y custodia, que implican el atender a las necesidades diarias o urgentes de los hijos, y por ello que tradicionalmente en la doctrina y en la jurisprudencia, se haya considerado como gastos ordinarios los repetitivos, habituales o diarios, en tanto que gastos extraordinarios son los gastos necesarios que surgen de manera aislada, esporádica o poco habitual”.

³⁰ Sí lo hace la legislación valenciana que en su art. 7.3 establece “los gastos necesarios de educación y formación no cubiertos por el sistema educativo y los de salud no cubiertos por la Seguridad Social o por cualquier otra mutualidad u organismo al que pudieran estar afiliados los hijos e hijas menores, tendrán que ser sufragados obligatoriamente por ambos progenitores en la proporción que establezca la autoridad judicial”, en sede de gastos extraordinarios, ejemplarizando por consiguiente lo que la doctrina y jurisprudencia viene considerando como tales.

incurrió en el gasto salvo criterio judicial distinto respecto a la obligación de dicho pago³¹. En este mismo sentido parece ir el Anteproyecto de Ley de corresponsabilidad parental.

Por su parte la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales se ha movido a la hora de distribuir los gastos ordinarios y extraordinarios con carácter general de la siguiente manera:

- En caso de existir disponibilidad económica de ambos progenitores: los gastos ordinarios de alimentación se establece que sean asumidos por cada progenitor cuando el menor permanezca con ellos y el resto de gastos ordinarios y extraordinarios en razón de su capacidad económica, siendo al 50% en los casos en que hay igualdad o similitud en el volumen de ingresos o medios de ambos progenitores, o mediante un reparto en clave de porcentajes (60/40%, 70/30%, etc.) en supuestos con sustanciales diferencias en el volumen de ingresos a fin de no hacer de peor condición al cónyuge con menos medios, que como se ha visto encuentran la dificultad en la concreción de la cuantía con la que atender esas necesidades y con arreglo a la cual se ha de calcular el porcentaje.

- En aquellas situaciones en las que un progenitor sólo disponga de medios, será éste el encargado de atender en su integridad los gastos ordinarios y extraordinarios, con independencia de quién tenga en su compañía al menor, pues como he manifestado esta situación no constituye óbice desde mi punto de vista para el reconocimiento de la custodia compartida.

IV. EL FONDO COMÚN: CUESTIONES PRÁCTICAS PARA LA POLÉMICA.

A lo largo de este artículo se ha hecho hincapié en la posible constitución de un fondo común en el ámbito de la custodia compartida al que vayan destinadas las aportaciones de ambos progenitores suficientes para cubrir los gastos necesarios, ordinarios y/o extraordinarios, del menor atendidos los criterios que se ha puesto de relieve.

En el régimen de la guarda y custodia exclusiva o unilateral es el progenitor custodio el que es titular y administra la cuenta en la que se ingresa la pensión alimenticia del menor y, por consiguiente, el que toma las decisiones respecto

³¹ Por estos gastos extraordinarios no necesarios puede considerarse los gastos voluntarios que no respondan a necesidades de los hijos, aunque puedan considerarse convenientes para ellos. En ellos se enmarcan actividades como celebraciones religiosas, permisos de conducción, incluso estudios superiores complementarios. En este sentido véase SAP Barcelona 27 marzo 2014 (EDJ 2014, 52023).

a cómo y en qué invertir la pensión de alimentos satisfecha por el progenitor no custodio, aplicándola a cubrir los gastos ordinarios o extraordinarios. Pero ¿qué sucede en el régimen de custodia compartida?

Sobre el particular se pronuncia la SAP Barcelona 7 octubre 2010 (ROJ 2010/7108) que establece “sea o no similar la capacidad económica puede acordarse de que la contribución a todos los gastos se lleve a cabo mediante el ingreso de una cantidad, que puede ser la misma o distinta por parte de cada progenitor, dependiendo de su capacidad económica, en una cuenta, desde la que se van a satisfacer todas las necesidades del menor, pero en este caso, surge la problemática de determinar a qué progenitor corresponde la gestión de dicha cuenta y si se acuerda que la gestión corresponde en cada momento al progenitor guardador, se ha de valorar la relación de confianza existente entre ambos”.

Por tanto, la problemática respecto a este fondo se centra en determinar quién ostenta su titularidad y quién es el encargado de su administración: si ambos o uno de ellos y en ese caso quién y en razón de qué. La jurisprudencia se ha mostrado unánime en que la titularidad ha de ser mancomunada, correspondiendo por tanto a ambos, por ostentar los dos progenitores la custodia compartida y realizar aportaciones al fondo³², pero ha sido más vacilante en la determinación de quién debe llevar la gestión, a pesar de que la doctrina ha mantenido el mismo criterio de administración conjunta³³. Así podemos encontrar casos en los que esta gestión se concibe conjunta pero alterna, pudiendo disponer del fondo el cónyuge que conviva con los menores durante el tiempo de su convivencia³⁴; junto a casos en los que se asigna la administración o gestión del fondo al progenitor que ha venido manteniendo la responsabilidad de la “intendencia” en cuestiones

³² SAP Madrid 22 febrero 2005 (La Ley 2005/42018) manifiesta que al margen de los gastos de alimentación del menor atendidos directamente por cada progenitor, sus necesidades quedarán cubiertas por la aportación de cada uno a una cuenta común “que se ha de aperturar a tal efecto y de la que no se podrá disponer sino es con la autorización y el consentimiento del otro”.

³³ CRUZ GALLARDO, B. *La guarda*, cit., p. 531, en cuya opinión dicho fondo común de alimentos debiera ser administrado de forma indistinta por los progenitores, “salvo que haya razones poderosas para atribuir su administración a uno de ellos”. Y LATHROP GÓMEZ, F.: *Custodia*, cit., p. 534, en cuya opinión dicha suma aportada por ambos “constituiría un capital del cual cada uno de ellos sustraería, en los períodos determinados para las alternancias de la convivencia, la suma requerida para cubrir las necesidades no corrientes del hijo. Todo ello, con la correspondiente obligación de rendición mensual de cuentas y el deber de controlar, tras dicho lapso la administración realizada por el otro”.

³⁴ SAP Castellón 10 abril 2003 (La Ley 2003/68953) establece que “si compartida es la custodia y compartida por ello la obligación de atender en cada momento las necesidades de los hijos menores, compartida ha de ser la administración”, descartando las alegaciones de la madre en razón de su mayor cualificación y dedicación.

como la formación, el vestido o la sanidad³⁵, que es la madre. En mi opinión, este tipo de decisiones de generalizarse pudiera comportar el riesgo de perpetuar patrones de género y roles que debieran abandonarse en pro de una verdadera e igualitaria corresponsabilidad en el ámbito de la convivencia y régimen de estancia con los menores³⁶.

Por último incluso se encuentran pronunciamientos sobre qué hacer con el remanente posible e incluso el *faltante* del fondo común, tal como hace la SAP Barcelona 8 abril 2014 (EDJ 2014, 70126) que explicita que “al final de cada curso escolar podrá recuperar el excedente si lo hay o suplir la cantidad que haya faltado en su caso”.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

No hay reglas establecidas ni inmutables en materia de pensión de alimentos en custodia compartida, se avanza a golpe de realidad enjuiciada y con ella se diseñan líneas de actuación para el horizonte. Indiscutiblemente el rol de los operadores jurídicos que intervienen en el proceso de crisis o de ruptura de una pareja es fundamental a la hora de proporcionar las estrategias de actuación lo más concretas y adecuadas posibles para reducir al máximo los niveles de litigiosidad en una materia tan sensible como la determinación y contribución a las necesidades del menor, en la que finalmente la salvaguarda de su interés está en jaque.

³⁵ SAP Barcelona 27 marzo 2014 (EDJ 2014, 52026).

³⁶ Puede verse lo dispuesto en este sentido respecto del derecho estadounidense en LATHROP GÓMEZ, F. *Custodia*, cit., pp. 293-298; y PICONTO NOVALES, T.: *La custodia compartida a debate*, Madrid (2012): Dykinson, p. 127.

