

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2022 / 2023

TÍTULO:

**LA CONFLICTIVIDAD EN LA ATRIBUCIÓN DE LA CUSTODIA
COMPARTIDA**

WORK TITLE:

THE CONFLICT IN THE ATTRIBUTION OF SHARED CUSTODY

AUTORA:

BEATRIZ ABASCAL PEREDO

DIRECTORA:

CARMEN FERNÁNDEZ CANALES

Abreviaturas

ART. Artículo

ATS. Auto de Tribunal Constitucional

CC. Código Civil

CCAA. Comunidades Autónomas

CCCat. Código Civil Catalán

CE. Constitución Española

CGPJ. Consejo General del Poder Judicial

CP. Código Penal

FJ. Fundamento Jurídico

INE. Instituto Nacional de Estadística

LEC. Ley de Enjuiciamiento Civil

LO. Ley Orgánica

RD. Real Decreto

SAP. Sentencia de la Audiencia Provincial

SJPI. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia

STC. Sentencia del Tribunal Constitucional

STS. Sentencia del Tribunal Supremo

TC. Tribunal Constitucional

TSJ. Tribunal Superior de Justicia

TS. Tribunal Supremo

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo principal conocer sobre la guarda y custodia, en especial, sobre la guarda y custodia compartida. A pesar de que dicha figura, que se introdujo en nuestro Ordenamiento Jurídico en el año 2005, no es el sistema preferente después de una separación o divorcio. Sin embargo, sí que es cierto que con el paso de los años son más los progenitores que deciden decantarse por la custodia compartida.

Además, el estudio se centrará también en la regulación y los diferentes conflictos que pueden llegar a surgir a la hora de establecer la custodia compartida y como los tribunales y la doctrina se pronuncian sobre ello.

ABSTRACT

The main objective of this paper is to learn about custody and guardianship, in particular, about shared custody and guardianship. Despite the fact that this figure, which was introduced in our legal system in 2005, is not the preferred system after a separation or divorce, it is true that over the years more and more parents have decided to opt for joint custody.

Furthermore, the study will also focus on the regulation and the different conflicts that may arise when establishing joint custody and how the tribunals and the doctrine are pronouncing on this issue.

PALABRAS CLAVE

Patria potestad, guarda y custodia, custodia compartida, menores, interés superior del menor, progenitores, Derecho Catalán, Art. 92 CC.

KEYWORDS

Parental authority, guardianship and custody, shared custody, minors, best interest of the child, progenitors, Catalan Law, Art. 92 CC.

ÍNDICE

CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO 2.- LA CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD	7
2.1 CONCEPTO DE CUSTODIA	7
2.2 DIFERENCIAS ENTRE LA PATRIA POTESTAD Y LA GUARDA Y CUSTODIA.	8
2.3 TIPOS DE CUSTODIA. EN ESPECIAL, LA CUSTODIA COMPARTIDA	12
2.3.1 La custodia individual o exclusiva	13
2.3.2 La custodia distributiva o partida	14
2.3.3 La custodia atribuida a terceros	14
2.3.4 La custodia compartida	14
CAPÍTULO 3.- REGULACIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA.....	18
3.1 EL DERECHO CIVIL COMÚN	18
3.1.1 Evolución legislativa de la guarda y custodia	18
3.1.2 La custodia compartida en el Derecho Civil Común	21
3.1.3 Mención al Anteproyecto de Ley de 2013	24
3.2 LA LEGISLACIÓN CATALANA	24
3.3 ESTUDIO COMPARADO DEL CÓDIGO CIVIL COMÚN Y DEL CÓDIGO CIVIL CATALÁN	26
CAPÍTULO 4.- CONFLICTIVIDAD QUE SE PUEDE PLANTEAR CON LA CUSTODIA	28
4.1 LOS DIFERENTES CONFLICTOS EN RELACIÓN CON LA CUSTODIA COMPARTIDA	28
4.1.1 La vivienda habitual	28
4.1.2 La pensión de alimentos	30
4.1.3 La distancia entre los domicilios	32
4.1.4 La relación entre ambos progenitores	34
4.1.5 La disponibilidad horaria de los progenitores	36
4.1.6 La audiencia del menor	37
4.2 EN ESPECIAL, SOBRE EL CAMBIO DE DOMICILIO SOBREVENIDO DE UNO DE LOS PROGENITORES.	39
4.3 MODIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS	43
4.4 LA INCOMPATIBILIDAD DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO	44
4.5 LA CUSTODIA COMPARTIDA DURANTE LA PANDEMIA	47
CAPÍTULO 5.- CONCLUSIONES.....	50
ANEXOS.....	53
BIBLIOGRAFÍA	53
PÁGINAS WEB CONSULTADAS	54
RELACIÓN DE SENTENCIAS.....	55
NORMATIVA CONSULTADA	59

CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN

A pesar de que un divorcio o una separación es ya una situación difícil de por sí, esto se complica más cuando se tienen hijos menores de edad en ese momento.

Hay que tener en cuenta que dicha situación supondrá un cambio bastante grande para los hijos y, seguramente, serán la parte que más sufra. Por lo tanto, es necesario minimizar esos daños todo lo posible.

Uno de los problemas principales en una separación o divorcio con hijos menores de por medio que se tiene que solventar es el tema de la guarda y custodia. A la hora de elegir y acordar que tipo de guarda y custodia es la más conveniente, es primordial el interés superior del menor, puesto que es la parte más vulnerable y, por lo tanto, a la que más hay que proteger.

La custodia compartida, poco a poco, se está convirtiendo en la opción más elegida por parte de los progenitores como, también, por parte de los jueces para el cuidado de los hijos. Es una figura al alza, como bien nos indican las estadísticas del INE. En el año 2010, hubo un total de 110.321 divorcios, anulaciones matrimoniales y separaciones con hijos. De ese número, solo el 10,5%¹ de las custodias fue compartida. En los últimos datos que tenemos hasta la fecha, los del año 2022, podemos observar que a pesar de que el número de divorcios, anulaciones matrimoniales y separación ha disminuido, 84.551, el número de custodias compartidas ha incrementado de manera significativa llegando al 45,5%.²

Por consiguiente, con el posterior estudio lo que se pretende es profundizar en la figura de la custodia compartida y, además, mostrar los diferentes conflictos que necesitan ser solucionados para determinar si la custodia compartida es lo más conveniente para los hijos menores de edad después de una separación o divorcio.

¹ “Estadística de nulidades, separaciones, y divorcios”. Instituto Nacional de Estadística.
https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=estadistica_C&cid=1254736176798&menu=ultiDatos&idp=1254735573206.

² Op. Cit.

Primero de todo, nos centraremos en el concepto de la custodia y expondremos las diferencias que pueda haber respecto con la patria potestad. Así mismo, analizaremos los diferentes tipos de custodia, centrándonos en la custodia compartida.

Posteriormente, analizaremos la normativa de la custodia, al igual que su evolución legislativa, y se hará un estudio comparado entre los derechos español y catalán.

Por último, se hará referencia a los tipos de conflictos que pueden surgir tras una separación o divorcio con hijos menores de edad a la hora de poder otorgar la custodia compartida a ambos progenitores. En concreto, profundizaremos en el límite que pueda haber entre los domicilios de los progenitores, sobre todo si ya habiéndose otorgado la custodia compartida uno de ellos ha de mudarse a otra ciudad, incluso a otra Comunidad Autónoma.

Finalizaremos con una serie de conclusiones a las que habremos podido llegar gracias al estudio y al análisis de este trabajo.

Por último, señalar que para la elaboración de este trabajo ha sido necesaria la consulta de diferentes trabajos doctrinales, así como, de legislación y jurisprudencia del Tribunal Superior y de diferentes Audiencias Provinciales.

CAPÍTULO 2.- LA CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD

2.1 CONCEPTO DE CUSTODIA

El concepto de custodia, se podría decir, que se refiere al conjunto de derechos y obligaciones que nacen para el progenitor de su convivencia con los hijos menores.³ Se refiere a que los progenitores tienen el deber de asistir y cuidar de los menores, es decir, hasta los dieciocho años.

Cuando se da el caso de que los progenitores deciden separarse o divorciarse, es necesario que se llegue a un acuerdo, ya sea por parte de los padres o a través de un juez, para determinar quien tendrá la custodia de los hijos.

Como indicaremos posteriormente, la custodia y la patria potestad no son conceptos que signifiquen lo mismo, y que un progenitor ostente la patria potestad sobre los hijos menores de edad no obliga a que también posea la custodia. Salvo casos excepcionales, la patria potestad la poseen ambos progenitores, mientras que la custodia puede ser para los dos o solo para uno de los padres.

La custodia aparece regulada en el Código Civil, en su artículo 92. Dicho artículo indica que antes de poder determinar el régimen de custodia más conveniente para los hijos e hijas, se debe siempre tener en consideración el *favor filii*, o lo que es lo mismo, lo más favorable para los menores en relación con sus intereses y derechos, y también será necesario poder oír a los hijos cuando sea posible.

A pesar de que la regulación de la custodia aparezca en nuestro ordenamiento, no podemos encontrar una definición legal. El TS fue el primero en establecer una descripción de dicho concepto indicando que la custodia es “*la función de los padres de velar por los hijos y tenerlos en su compañía*”.⁴

³ “FAMILIA: Medidas definitivas adoptadas en sentencia. Patria potestad, guarda y custodia”. Aranzadi, doc. 2022/23

⁴ Sentencia Del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 19 de octubre de 1983. Aranzadi RJ/1983/5333

El catedrático de Derecho Civil, Ragel Sánchez, lo definió como “una situación de convivencia mantenida entre un menor o un incapacitado y su progenitor o sus progenitores, que tienen por objeto el cuidado, educación y formación integral de aquel por parte de éste o de éstos”.⁵

Como veremos más adelante, existen varios tipos de custodia en nuestro ordenamiento jurídico. Y la elección para cada caso concreto será indicada en las sentencias, si ha sido necesario llevarlo a cabo por la vía judicial, o en el convenio regulador, en caso de que las partes hayan llegado a un acuerdo.

2.2 DIFERENCIAS ENTRE LA PATRIA POTESTAD Y LA GUARDA Y CUSTODIA.

Para poder entender mejor el estudio de este trabajo, es importante y necesario poder diferenciar los conceptos de patria potestad y de guarda y custodia, dado que son unos conceptos que suelen aparecer unidos.

Para poder definir que es la patria potestad, podríamos decir que es el “poder que la ley otorga a los padres sobre los hijos menores de edad no emancipados para proveer a su asistencia integral”.⁶ Para Díez-Picazo, la patria potestad es “el conjunto de poderes enderezados al cumplimiento de los deberes y obligaciones que la ley impone a los progenitores sobre sus hijos menores o en situación de capacidad de obrar limitada por sentencia”.⁷

En la legislación española, conviene apreciar el art. 39 CE, donde se establece, en su apartado 3 que los padres tienen el deber de prestar asistencia a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio y en los demás casos que proceda, siempre que estos sean menores de edad y no estén emancipado.

⁵ RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: “La guarda y custodia de los hijos”. *Revista de Derecho privado y Constitución*, 2001, n. 15, enero-diciembre, p. 289.

⁶ BERCOVITZ, R. (coord.): *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*. Bercal, Madrid, 2007, p. 225.

⁷ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil, tomo I*, Editorial Tecnos, 2012, p. 271.

La patria potestad también aparece regulada en el Código Civil, en su Título VII del Libro I, en el que se encuentran los arts. 154 al 170, y bajo el nombre de relaciones paterno-filiales. El art. 154 CC regula a la patria potestad, “como responsabilidad parental, y que se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respecto a sus derechos, su integridad física y mental”. Dicho artículo enumera esos deberes y facultades que deben de seguir los progenitores como velar por ellos o representar y administrar sus bienes. Por otra parte, la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, como indica el art. 156 CC.

Conviene destacar también el art. 160 CC, ya que su contenido es bastante importante. Se regula el derecho de los menores “a relacionarse con sus progenitores, aunque éstos no ejerzan a patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública”.

En Jurisprudencia, también nos encontramos con distintas definiciones. Así, la STS 630/1994, de 25 de junio de 1994, define la patria potestad como el “conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre las personas y sobre los bienes de sus hijos no emancipados, constituyendo a la par un conjunto de deberes que, como inherentes a dicha patria potestad, deben asumir y cumplir los padres respecto de sus hijos”.⁸ Además, tal y como dice la STS de 9 de julio de 2002, “la patria potestad actúa como derecho inherente de la paternidad y maternidad y en nuestro ámbito tiene indudable carácter de función tutelar que la configura como institución a favor de los hijos”.⁹

La patria potestad es una obligación de los progenitores imprescriptible, irrenunciable e intransmisible. Es imprescriptible porque da lugar a que quede al margen de toda posible idea de pérdida por el paso de tiempo.¹⁰ Por otro lado, no cabe la renuncia a la patria potestad ya que se pronunciaría siempre en perjuicio de tercero,

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 25 de junio de 1994, sentencia núm. 630/1994, recurso núm. 2559/1991, V-LEX.

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 9 de julio de 2002, sentencia núm. 720/2002, V-LEX.

¹⁰ SÁNCHEZ CALERO, F. J.: *Curso de Derecho Civil IV. Derechos de Familia y Sucesiones*. 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 334.

que es aquí el hijo, a quien sin duda perjudica que el padre se libere de aquellos deberes que la patria potestad le impone.¹¹ Por último, la patria potestad sería intransmisible puesto que tiene su origen en las relaciones paterno-filiales. Sin embargo, cabe que el padre delegue en un tercero derechos concretos derivados de la patria potestad.¹²

La figura de la patria potestad solo podrá ser extinguida a través de la mayoría de edad del menor, el fallecimiento de los padres o a través de una sentencia judicial. También se puede dar la privación de la patria potestad, que aparece dispuesta en los arts. 111 y 170 CC.

Por otro lado, guarda y custodia, o también conocida como custodia legal, aparece regulada en el artículo 92 CC. En dicho artículo se expresa la posibilidad de obtener la custodia compartida entre los progenitores si concurren ciertos requisitos y así lo declara el juez. Además, el art. 103 de la misma ley, también regula la guarda y custodia de los menores cuando no se haya llegado a un acuerdo por las partes.

La guarda y custodia no se refiere únicamente al “mero cuidado o protección física del hijo”¹³, como indica García Pastor. Sino que, la guarda y custodia también se extiende a la educación y la formación integral de los hijos.¹⁴ Dicho régimen comprende el cuidado directo del menor, lo cual exige la convivencia; son situaciones que se derivan de la convivencia diaria.¹⁵

A la hora de otorgar el régimen de guarda y custodia a los progenitores, o solo a uno de ellos, el juez tendrá en cuenta y velará por el interés del menor, tal y como se indica en la SAP Ávila de 30 de septiembre de 2019. La sentencia indica que su interés (el de los hijos menores) es el que debe prevalecer por encima de cualquier otro,

¹¹ GARCÍA PRESAS, I.: *La Patria Potestad*. Dykinson, S.L., Madrid, 2013, p. 16

¹² GARCÍA PRESAS, op. Cit. p. 15-16

¹³ GARCÍA PASTOR, M.: *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales*, Madrid, 1997, p. 74

¹⁴ RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código civil*, coordinado por Lacruz Berdejo, Madrid, 1994, p. 1024

¹⁵ TAMAYO HAYA, S.: *La custodia compartida como alternativa legal*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 700/2007, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, p. 672

incluido el de sus padres o progenitores, hasta el punto de que es llamado "bonum filii" o "favor filii".¹⁶

El Tribunal Constitucional también se pronunció sobre el interés superior del menor, indicando en la STC 185/2012, en su FJ 4º, que “el interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a valorar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de su guarda y custodia”.¹⁷ Dicha sentencia planteaba una cuestión de inconstitucionalidad del art. 92.8 CC, ya que dicho artículo, “al solicitar un informe favorable del ministerio fiscal”, podría estar violando los derechos constitucionales incluidos en los arts. 24, 39 y 117.3 CE. El FJ 5º de la sentencia en cuestión expone que según el art. 92.8 CC, “únicamente en el caso de que el dictamen de la Fiscalía sea favorable, podrá acordar la guarda compartida”.¹⁸ Por lo tanto, se da a entender que, de no haber un informe favorable, el juez estaría limitado a la hora de tomar una decisión. Por otro lado, en el FJ 6º se explica que al intervenir de esa forma el Ministerio Fiscal, este estaría interviniendo en las competencias de los jueces. Por último, en el FJ 7º, se indica que el art. 92.8 CC estaría violando la tutela judicial efectiva al estar limitando la decisión del juez en función del dictamen del Ministerio Fiscal. Por todo ello, el Tribunal decidió eliminar la palabra “favorable” del artículo.

Aunque muchas veces la patria potestad y la guarda y custodia suelen ir englobados en el mismo concepto, la verdad es que son conceptos diferentes. En realidad, el concepto de guarda y custodia deriva de la patria potestad, y por ello es necesario poder diferenciarlos.

Conviene destacar que, aunque los progenitores pueden poseer al mismo tiempo la patria potestad y la guarda y custodia, no siempre es necesario que sea así. Puede haber situaciones en las que los progenitores tengan la patria potestad, pero un juez haya otorgado la guarda y custodia a un tercero, excepcionalmente, así como aparece regulado en el art. 103.1º CC. Por ejemplo, en situaciones de divorcio, los progenitores

¹⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila, de 30 de septiembre de 2019, sentencia núm. 413/2019, recurso núm. 415/2019, CENDOJ.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional, Sección 1ª, de 17 de octubre de 2012, sentencia núm. 185/2012. Sistema HJ, buscador de jurisprudencia constitucional.

¹⁸ Op. Cit.

mantendrían la patria potestad conjuntamente, mientras que la guarda y custodia podría recaer en un solo progenitor.

Para Cruz Gallardo, “mientras que la patria potestad es una institución de protección de los padres hacia sus hijos, la guarda y custodia constituye una de las funciones subjetivas que conforman la patria potestad”.¹⁹

En definitiva, la guarda y custodia y la patria potestad son conceptos diferentes. Mientras que la patria potestad es una obligación de los progenitores que regula la representación legal de los menores y la responsabilidad que ello conlleva; la guarda y custodia se centra en la educación y formación de los menores y también, su cuidado, algo que deriva de la convivencia de padres e hijos.

2.3 TIPOS DE CUSTODIA. EN ESPECIAL, LA CUSTODIA COMPARTIDA

Se pueden diferenciar varios tipos de custodia en nuestro Ordenamiento Jurídico, ya que dependiendo de las circunstancias que se den, la custodia podría ser atribuida a los progenitores, a solo uno de ellos, a terceros como pueden ser otros parientes como son los abuelos o tíos, e incluso se puede llegar a otorgar la custodia de los hijos menores a entidades públicas.

Hay que tener en cuenta que a la hora de determinar qué tipo de custodia se aplicará en cada caso es importante centrarse en el beneficio del menor.

Podemos distinguir cuatro tipos de custodia que son: la custodia individual o exclusiva, la custodia compartida, la custodia distributiva o partida y la custodia atribuida a un tercero. En este caso, aunque estudiemos todos los tipos de custodia, nos centraremos en la guarda y custodia compartida.

¹⁹ CRUZ GALLARDO, B.: *La Guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, Ed. La Ley, Madrid, 2012, p. 41.

2.3.1 La custodia individual o exclusiva

Este tipo de custodia, también conocida como custodia monoparental, atribuye la guarda y custodia de los hijos menores a solo uno de los progenitores tras el divorcio o la separación de estos. Entonces, aunque ambos progenitores sigan poseyendo la patria potestad, solo uno de ellos será el que ostente la guarda y custodia.

Desde hace tiempo, la custodia exclusiva es el régimen de custodia más frecuente en España, aunque últimamente la custodia compartida está cogiendo bastante peso y cada vez son más los progenitores que deciden el tipo de custodia compartida. Los jueces también podrán otorgar la guarda y custodia a un progenitor o a ambos, eso dependerá de lo que sea más beneficioso para los menores.

En este caso, el progenitor custodio será el que tendrá el derecho de mantener la vivienda familiar siempre que no se haya llegado a otro acuerdo por parte de los progenitores y, además, será el que goce de la convivencia con los hijos.

Por otro lado, el progenitor no custodio también tendrá una serie de derechos como:

- El derecho de visitas (régimen de visitas), ya que es conveniente que los hijos sigan manteniendo contacto con el progenitor no custodio, así como con los familiares. Sobre este régimen de visitas, conviene tener en cuenta el art. 776.3 LEC que nos regula que “el incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador, podrá dar lugar a la modificación por el tribunal del régimen de guarda y visitas”.
- Derecho de información por parte del otro progenitor. Se le deberá de informar de todas las cuestiones relevantes de los hijos como temas escolares, o temas médicos.
- Derecho de comunicación. El progenitor y el menor podrán estar en contacto ya sea vía telefónica o de cualquier tipo.
- Derecho de estancia. El menor podrá pasar un periodo de tiempo con el otro progenitor ya sean fines de semana o dos semanas durante las vacaciones de verano, por ejemplo, y pernoctar fuera de su casa habitual.

Aparte de esos derechos, el progenitor también tendrá unos deberes como la pensión de alimentos que tendrá que pasar al progenitor custodio para contribuir económicamente en los gastos del menor.

2.3.2 La custodia distributiva o partida

En estos casos, si nos encontramos con que hay más de dos hijos, se puede dar la posibilidad que los progenitores se dividan a los hijos; uno se quedaría con uno de los menores, mientras que el otro progenitor se quedaría con el otro menor. No se suele dar mucho esta práctica dado que separar a los hermanos no es lo más conveniente, el régimen se utiliza en casos muy puntuales como, por ejemplo, cuando uno de los menores no quiera estar con el progenitor que posea la custodia exclusiva.

2.3.3 La custodia atribuida a terceros

La custodia atribuida a terceros, como ya indicamos anteriormente, permite otorgar la guarda y custodia a terceros, ya sean parientes de los menores o no. Este sistema aparece regulado en el art. 103.1ª CC que nos dice que “excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez”.

2.3.4 La custodia compartida

En este caso, ambos progenitores dispondrán de la patria potestad y se dividirán la guarda y custodia equitativamente. Los dos padres serán deberán de encargarse de los menores de igual manera. No solo tiene que ver con los gastos de los menores, sino también con el tiempo de convivencia con ambos progenitores. Y como en el anterior de los sistemas de guarda y custodia, lo importante sigue siendo el interés superior del menor.

En nuestro Ordenamiento Jurídico, la custodia compartida se incluyó a partir de la reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2005, con la ley 15/2005 de 8 de julio. El art. 92. 5ª CC establece que “se acordará el ejercicio

compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento”. Por otra parte, el mismo artículo, en su apartado 8º, indica que, aunque no haya un acuerdo entre las partes para que se ejercite la guarda y custodia compartida, el Juez podrá aun así decidirlo.

Por otro lado, podemos encontrarnos con bastantes definiciones por parte de algunos autores.

Para PINTO ANDRADE, “la custodia compartida parte de la idea de la plena igualdad jurídica en derechos y obligaciones de las personas, los cónyuges y de los hijos ante la ley, así como la corresponsabilidad parental de los progenitores”.²⁰

Por otro lado, HERNANDO RAMOS, define la guarda y custodia compartida como “la asunción compartida de autoridad y responsabilidad, de derechos y obligaciones, entre los padres separados en relación con todo cuanto concierna a los hijos comunes”.²¹

En la jurisprudencia también encontramos con definiciones de la guarda y custodia compartida. En concreto, la SAP de Barcelona 26/2007, nos indica que es “una modalidad de ejercicio 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”.²²

Hay distintos tipos de custodia compartida, y se pueden dividir a su vez en dos categorías según donde vayan a vivir los menores, y según el tiempo que vayan a pasar los hijos con los progenitores.

²⁰ PINTO ANDRADE, Cristóbal: *La Custodia Compartida*, primera edición, Ed. Bosh, Barcelona, año 2009, p. 43

²¹ HERNANDO RAMOS, Susana: “El Informe del Ministerio Fiscal en la Guarda y Custodia Compartida”, *Diario La Ley*, 29 de junio de 2009, Año XXX, n. 7206, Sección Tribuna, Editorial La Ley, p.1

²² Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, de 12 de enero de 2007, sentencia núm. 26/2007, recurso núm. 36/2006. V-LEX.

Con relación al domicilio donde vivan los menores podemos distinguir tres tipos de sistemas:

- Se puede dar que los menores vivan en un domicilio y que sean los progenitores los que, cada cierto tiempo, se vayan intercambiando. Se lo conoce como custodia compartida con domicilio fijo para los hijos.
- Por otro lado, pueden ser los hijos los que vayan cambiando de vivienda y se vayan desplazando a los domicilios de los progenitores cuando les toque. Para que se pueda dar este sistema es importante tener en cuenta la distancia entre los domicilios puesto que los menores, por ejemplo, no pueden cambiar de colegio, por lo que la distancia es un factor fundamental.
- Por último, está la custodia compartida coexistente en la que ambos progenitores viven en el mismo hogar que los hijos.

Con respecto al tiempo que vaya a pasar con los progenitores, podemos diferenciar entre:

- El mismo periodo de tiempo, donde ambos progenitores están el mismo tiempo con los menores, ya sea una semana cada uno o un mes o lo que se haya acordado.
- El diferente periodo de tiempo, en el que uno de los progenitores tiene que pasar más tiempo con lo hijo por diferentes motivos.

A la hora de que el juez pueda acordar el régimen de custodia compartida hay que tener en cuenta una serie de requisitos con lo que se intenta que el menor pueda tener una estabilidad en su día a día dentro de la situación en la que nos encontramos, y atender a cada una de las circunstancias de cada caso.

La STS 257/2013 de 29 de abril, en su fallo nos indica que debe de tenerse en cuenta a la hora de poder adoptar la guarda y custodia compartida. En concreto, debe concurrir criterios como “la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales”.²³ Habrá que tener en cuenta cual es el deseo de los hijos entre otras cosas, pero lo importante al final es que se pueda asegurar que los menores vayan a tener una vida tranquila y adecuada, ya que tienen que ser los menos perjudicados en estas situaciones nada fáciles. Por otro lado, en dicha sentencia se

²³ Sentencia del Tribunal Supremo, Primera Sala de lo Civil, de 29 de abril de 2013, sentencia núm. 257/2013. V-LEX

asienta como doctrina que “la interpretación de los artículos 92.5, .6 y 17 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; (...) y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”.²⁴

Por otra parte, conviene señalar que el art. 92.7 CC no permitirá el régimen de custodia compartida cuando alguno de los progenitores tenga abierto un proceso penal por atentar contra la vida o la integridad física, entre otros, de los hijos o el otro cónyuge. Tampoco se podrá proceder a la guarda y custodia compartida cuando haya indicios fundados de violencia doméstica.

²⁴ STS 257/2013 op. Cit.

CAPÍTULO 3.- REGULACIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA

3.1 EL DERECHO CIVIL COMÚN

3.1.1 Evolución legislativa de la guarda y custodia

La guarda y custodia ha ido evolucionando a lo largo de los años. Antes de las reformas llevadas a cabo en 1981, la custodia era generalmente exclusiva. Se tenían en cuenta circunstancias como la buena fe de los progenitores, la edad de los menores o el sexo de los hijos.

Si los menores eran menores de 7 años, la custodia era para la madre, mientras que si los hijos eran mayores de esa edad se decidía en función del sexo de los hijos. Si eran niños, la custodia sería para el padre, y si, al contrario, eran niñas, estas se quedarían con la madre.

Por otro lado, si no había buena fe por parte de alguno de los progenitores los hijos menores se quedarían con el “inocente”, es decir, se basaba en el principio de culpabilidad.

A raíz de la promulgación de la Constitución Española en 1978, se modifica el Código Civil, sobre todo en materia de familia, para que pueda adaptarse a la nueva realidad social. Por ello entrar en vigor la Ley 11/1981 por la que se modifica el Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico de matrimonio, y poco después también entrará en vigor la Ley 30/1981 por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

La Ley 11/1981, en su art. 159, sigue manteniendo la custodia para la madre cuando los hijos sean menores de 7 años. Esta Ley incluye, por otro lado, el derecho de ambos progenitores a poder relacionarse con los menores, aunque no tuvieran la patria potestad, y también, la posibilidad de que ambos progenitores o solo uno de ellos, con consentimiento de la otra parte, ejerciera la patria potestad. Esto es una consecuencia

debida a la promulgación de la CE en 1979, ya que dentro de su contenido nos encontramos con el art. 14, que regula la igualdad de los hombres y mujeres ante la ley.

Por otra parte, la Ley 30/1981, conserva la guarda y custodia a favor de la madre en los hijos menores de 7 años. Sin embargo, se introduce una modificación respecto a los casos en los que no haya buena fe por parte de alguno de los progenitores. A partir de ese momento, los hijos no se irían con el progenitor “inocente”, sino que un juez sería el encargado de elegir que progenitor tendría la guarda y custodia, siempre teniendo en cuenta el interés superior del menor. Además, se introduce en el art. 92 CC que los hermanos, dentro de lo posible, no deberán de ser separados para poder olvidarnos de las separaciones que se llevaban a cabo antes de las reformas de 1981.

También se podría comentar la regulación del divorcio en dicha ley, ya que el divorcio no se incluía en ninguna ley desde la II República (1931-1936/39), con la Ley del Divorcio de 1932.

Con la promulgación de ambas leyes, la regla general seguía siendo otorgar la custodia exclusiva a uno de los progenitores, aunque con el paso del tiempo esa tendencia ha ido cambiando y poco a poco la custodia compartida ha ido ganando más importancia.

También mencionar, la introducción de la Ley 11/1990, sobre la reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, que modifica la preferencia que había anteriormente de otorgar la custodia a la madre cuando los hijos eran menores de siete años. Ahora, y según el art. 4, modificando el art.159 CC, si los progenitores no llegasen a un acuerdo tras la separación o el divorcio, será el Juez el responsable de elegir que progenitor se quedará con la custodia de los hijos, y siempre prevaleciendo el interés de los menores.

En la actualidad, principalmente, la guarda y custodia aparece regulada en nuestro Código Civil, concretamente se hace mención sobre el tema en el Capítulo IX del título IV y en el Capítulo I del título VII.

El Capítulo IX del título IV, nombrado “De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio”, embarca del art. 90 al art. 101. En dichos artículos se regulan bastantes aspectos importantes en relación con la guarda y custodia. El art. 90 se encarga de indicar los diferentes puntos que tiene que incluir el convenio regulador tras una separación o un divorcio. Destacar, sobre todo, el art. 92, que es el encargado de regular la patria potestad y el régimen de guarda y custodia, incluyéndose la custodia compartida. Artículos posteriores regularán aspectos importantes como la pensión alimenticia, el régimen de visitas de los progenitores no custodios o el uso de la vivienda familiar.

El Capítulo I del Título VII corresponde a las disposiciones generales de las relaciones paterno-filiales. Se centra, principalmente, en la patria potestad que ambos progenitores tienen hacia sus hijos menores de edad.

En la LO 1/1996 de Protección jurídica del Menor destacan sobre todo dos artículos que son los que regulan el interés superior del menor, en su art. 2 y el derecho a ser oído y escuchado, en el art. 9.

La Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil contiene algunos preceptos que conviene destacar. El art. 769.3 regula que será el Juez de Primera Instancia el competente para tratar “los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores”. También destacar el art. 774, que regula las medidas definitivas en los casos de menores, así como, el art. 775, que se refiere a la modificación de las medidas definitivas. Por último, nombrar el art. 777 que se ocupa de la solicitud de un divorcio o una separación por parte de un de los progenitores con el consentimiento de la otra parte o una solicitud de común acuerdo por ambos cónyuges.

Y, por último, conviene destacar la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. El art. 44 regula la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer de conocer de los asuntos que tengan que ver con la guarda y custodia de hijos menores. Dicho artículo aparece redactado en el art. 87 ter de la Ley del Poder Judicial. En los arts. 65 y 66 respectivamente se indican las medidas de suspensión de la patria potestad y de la custodia de menores, así como, las del régimen

de visitas o de comunicación en caso de encontrarnos ante una situación de violencia de género.

3.1.2 La custodia compartida en el Derecho Civil Común

En relación con la guarda y custodia compartida, esta aparece regulada expresamente por primera vez en la Ley 15/2005 de 8 de julio por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

El art. 1 de dicha ley regula la modificación del art. 68 del Código Civil, el cual regula que los cónyuges tendrán que repartirse las obligaciones que tengan con los hijos.

Además, una de las modificaciones más importantes es la del art. 92 CC, que aparece en el art. 8 de la Ley. Con la modificación del apartado 5 de dicha ley, se indica que “Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento”. Es decir, los padres podrán decidir el sistema de guarda y custodia compartida, pero hay que tener en cuenta que lo principal es el interés superior del menor, por lo que se puede dar el caso de que el juez no crea que ese acuerdo entre los padres sea el más acertado.

Por su parte, el nuevo apartado 6 del art. 92 CC expresa que antes de que se pueda acordar la guarda y custodia compartida será necesario obtener un informe por parte del Ministerio Fiscal y haber escuchado a los hijos menores de la pareja, siempre que tengan una edad con el juicio necesario. Es necesario conocer como son las relaciones entre los progenitores y las relaciones de los progenitores con los hijos.

Vale la pena destacar que se permite que los menores sean escuchados, es decir, la audiencia del menor, que viene recogida en la Convención de Derechos del Niño de 1989. En el art. 12.2 se expresa que “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”.

Por último, en nuevo art. 92.8 CC regula que “Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”.

Hasta la aprobación de esta ley, la custodia compartida solo se solía atribuir de manera esporádica por los Tribunales. E incluso, en los primeros años siguientes a la entrada en vigor de la norma, los tribunales aún estaban reacios a otorgar la custodia compartida. Esa excepcionalidad se ha ido superando como bien indica la STS 496/2011 del 7 de julio. Concretamente en el FJ 7º se expone que “la redacción de dicho artículo no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario, debería considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”²⁵, refiriéndose al art. 92 CC. Además, BELTRÁ CABELLO, también se pronuncia sobre este aspecto alegando que “la excepcionalidad a que se refiere el artículo 92 del Código Civil (...) viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla”.²⁶

Posteriormente, el art. 92 CC ha ido sufriendo varias modificaciones tras la promulgación de la Ley 15/2005.

La primera de ella ocurrió en el año 2012. La STC de 17 de octubre declaró inconstitucional y nulo el apartado 8 de dicho artículo. Como bien se indica en el FJ 5º, “no se puede dudar de que el número 8 del art. 92 del Código civil es una norma de carácter excepcional, como expresamente lo advierte el precepto, (...) de modo que cuando no exista dicho consenso únicamente podrá imponerse si concurren los presupuestos normativos”.²⁷ Por su parte, el FJ 6º afirma que “previsión normativa que exige el informe favorable del Ministerio Fiscal ex art. 92.8 CC debe ser declarada

²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 7 de julio de 2011, sentencia núm. 496/2011. V-LEX

²⁶ BELTRÁ CABELLO, C.: *Disolución del matrimonio. Efectos para los hijos*. (Comentario a la STS de 10 de diciembre de 2012), CEFLegal: Revista Práctica del Derecho, núm. 147, abril-2013, p. 11.

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional, de 17 de octubre de 2012, sentencia núm. 185/2012. BOE

contraria a lo dispuesto en el art. 117.3 CE, pues corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar el régimen excepcional y, en el caso de que así sea, valorar si, en el marco de la controversia existente entre los progenitores, debe o no adoptarse tal medida”.²⁸

Posteriormente, la LO 8/2021, de 4 de junio, modificó el artículo en cuestión, en su disposición final segunda.1. Se incluyeron cambios en 5 apartados, además se incluyó uno nuevo. Al apartado 2, a pesar de ser redactado de la misma manera, se incluye que el juez “emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre esta cuestión”. Por su parte, en el apartado 5, se suprime la segunda parte del párrafo, y se mantendría que “se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento”. El apartado 7 de dicho artículo incorpora la violencia de género, y no solo la violencia doméstica. Además, la nueva redacción del art. 8 ya no indica que el informe del Ministerio Fiscal tenga que ser favorable. Por otra parte, en el apartado 9 modifica la palabra “menores” por “las personas menores de edad”, añadiendo, además, “para asegurar su interés superior”. Y, para finalizar, se incorpora un apartado nuevo, el 10. Dicho apartado expresa que “el Juez adoptará, al acordar fundadamente el régimen de guarda y custodia, así como el de estancia, relación y comunicación, las cautelas necesarias, procedentes y adecuadas para el eficaz cumplimiento de los regímenes establecidos, procurando no separar a los hermanos”.

Ese mismo año, en el 2021, se modifica el apartado 7 del art. 92 CC por la Ley 17/2021. El nuevo apartado 7 sustituye la palabra “padres” por la palabra “progenitores”. Además, se incluye una parte final que indica que “se apreciará también a estos efectos la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas”.

Por último, la Ley 16/2022, en su disposición final 1.1, modifica, otra vez, el art. 92.7 CC. Que se trata de la última versión que aparece en el Código Civil.

²⁸ STC 185/2012, op. Cit.

3.1.3 Mención al Anteproyecto de Ley de 2013

Conviene hacer alusión al Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio del año 2013.

En sus contenidos, incluía que se llevarían a cabo todas las modificaciones que sean necesarias para que la custodia monoparental no fuese la preferente, pero, por otro lado, tampoco se establecería la custodia compartida como tal, sino que, sería el juez correspondiente el que, dependiendo de cada caso, determinaría la mejor opción primando el interés de los hijos menores de edad.

También, entre las reformas que este anteproyecto pretendía llevar a cabo, aparece la del art. 92 CC. En este caso, el artículo no se modifica, pero se incluye el nuevo art. 92 bis, que regula la guarda y la custodia compartida.

Dicho artículo, en sus 8 apartados, incluye la posibilidad de que el juez pueda acordar la custodia exclusiva o compartida dependiendo de la situación, puntualizando que no importa si los progenitores han llegado a un acuerdo o no. Además, el juez también tendrá que pronunciarse sobre la forma de relacionarse y de comunicarse de los menores con el progenitor con el que no convivan; así como con el resto de parientes o allegados. Por otro lado, hay que tener en cuenta que el progenitor que haya sido condenado por violencia doméstica o de género o que esté en medio de un proceso penal por dichos delitos no podrá obtener la guarda y custodia de sus hijos.

A pesar de que dicho anteproyecto fuese aprobado el 24 de julio de 2013, este no entró en vigor.

3.2 LA LEGISLACIÓN CATALANA

Tras la reforma y regulación de la guarda y custodia compartida en el Código Civil, algunas Comunidades Autónomas con derecho propio decidieron regular la materia y así poder profundizar sobre ella. Esto se debe a que la custodia compartida ha ido ganando importancia a lo largo de los años y cada vez son más progenitores lo que prefieren acordar este tipo de guarda y custodia. Destacar que, si bien es cierto que el

art. 149.1. 8ª CE regula la competencia exclusiva del Estado en materia civil, no ha evitado que algunas CCAA hayan querido pronunciarse y regular este asunto.

Aunque la mayoría de CCAA se siguen rigiendo por el Derecho Común, otras como Navarra, Aragón o Cataluña han decidido desarrollar un derecho civil propio. En este caso, nos centraremos en Cataluña y su regulación sobre la guarda y custodia de los menores.

La guarda y custodia compartida aparece en la ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y familia. Concretamente, se encuentra regulado en la Sección 2ª, “Cuidado de los hijos”, dentro del Capítulo 3º, denominado “Los efectos de la nulidad del matrimonio, del divorcio y de la separación judicial”.

En este caso, serán los padres lo que acuerden que tipo de sistema de custodia prefieren para sus hijos. Sin embargo, en caso que no se haya podido llegar a un acuerdo por las partes, será el juez el encargado de otorgar, como norma general, la custodia compartida. Esto se dará así siempre y cuando sea la opción más beneficiosa para los menores, y de no ser lo mejor, el juez deberá de otorgar la custodia que más conveniente crea.

Tal y como se indica en el art. 233-8.2 del CCCat, los progenitores deberán llevar a cabo un plan de parentalidad en el que presentarán sus propuestas.

El plan de parentalidad es obligatorio en todos los convenios reguladores. Dicho plan es una medida que ha de llevarse a cabo con independencia del tipo de régimen que se haya escogido.

Es una forma de establecer como se llevará a cabo la guarda, el cuidado y la educación de los hijos menores por parte de los progenitores. Con este plan se da prioridad al acuerdo que consigan los progenitores.

Este plan aparece regulado en el art. 233-9 del CCCat, donde se incluyen las pautas que debe llevar el acuerdo. Entre esos aspectos, deberán aparecer en el plan el lugar donde van a vivir los menores durante el tiempo que pasen con cada uno de los progenitores, así como, la forma en la que se llevará a cabo el cambio de la guardia,

como será la comunicación entre los menores y el otro progenitor o el tipo de educación que recibirán. Es decir, en este plan aparecerán aquellos aspectos que más controversias pueden llegar a crear. Sirve para poder evitar aquellos posibles conflictos que con el tiempo puedan aparecer.

Por su parte, en el art. 233-10 CCCat, recoge como debe de llevarse a cabo la guarda de los menores, es decir, habrá que atender a lo que disponga el plan de parentalidad, siempre que no sea perjudicial para los hijos. Por otra parte, también se reconoce que el juez será el encargado de determinar qué tipo de guarda será el indicado en cada caso si los progenitores no hubiesen llegado a un acuerdo, incluso es posible que el juez decida atribuir la guarda a otros parientes de los menores que no sean sus progenitores.

En la ley, además, aparecen regulados una serie de criterios para poder determinar el tipo de régimen y como llevar a cabo la guarda. Para poder establecer que sistema es el mejor en cada caso, es importante atender al plan de parentalidad y prestar atención a ciertos criterios como las relaciones entre los hijos e hijas con ambos progenitores, la actitud de cada una de las partes con respecto a los menores o las opiniones que puedan tener los hijos sobre los padres entre otras.

Por otra parte, el juez también puede tener que aprobar las relaciones que vayan a tener los menores con otras personas de su entorno que no convivan con ellos.

Y, por último, se podrán proponer y probar medidas para que se supervisen las relaciones que los hijos puedan tener con otras personas y así asegurarse que de que no se generen ningún problema. Esa supervisión se puede llevar a cabo, si fuera preciso, en algún punto concreto, o que intervenga servicios sociales.

3.3 ESTUDIO COMPARADO DEL CÓDIGO CIVIL COMÚN Y DEL CÓDIGO CIVIL CATALÁN

El comparar el Código Civil de nuestro ordenamiento común con el Código Civil de Cataluña nos servirá para poder conocer las similitudes y las diferencias que pueden darse en estas dos leyes, ya que, a pesar de que regular el mismo tema pueden incluir o no diferentes aspectos.

Como punto de partida, nos encontramos con que la legislación catalana regula como sistema preferente la custodia compartida, que no significa que sea otorgado siempre, todo depende de las circunstancias de cada caso. La preferencia por la custodia compartida la podemos deducir del art. 233-8 CCCat. En él se indica que, a la hora de un divorcio, separación o nulidad del matrimonio, las responsabilidades de los padres se mantendrán siendo compartidas entre ambos progenitores. Esto no ocurre en el Ordenamiento Jurídico común, pues el art. 92.4 CC prevé que “los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges”. Es decir, no hay una preferencia por la custodia compartida, serán los padres o el juez los encargados de elegir el sistema más conveniente entre ambos. Por otro lado, los padres si podrán acordar la guarda y custodia compartida. Al final, el Código Civil nos viene a decir que para poder aplicar la custodia compartida será necesario que o bien ambos progenitores lo soliciten de común acuerdo (art. 92.5 CC); o, que al menos uno de las partes lo pida y, en ese caso, será el juez el que valorará si es conveniente en ese caso la custodia compartida.

Por otra parte, nos encontramos con que en el Derecho Catalán se incluye un Plan de Parentalidad, en el cual se incluirán las diferentes responsabilidades que los padres tendrán respecto a sus hijos y su cuidado. Dicho plan deberá ser aprobado por el juez y será entregado por cada una de las partes. Lo más parecido al plan de parentalidad en el derecho español es el convenio regulador, convenio que también aparece en el Código Civil de Cataluña. Sin embargo, lo que diferencia una figura de la otra es que a pesar de que en ambos acuerdos se estableces entre otros el régimen de visitas o la pensión de alimentos, en el plan de parentalidad se añade, además, las posibles soluciones en caso de que haya problemas o necesidades futuras en relación a los hijos menores de edad.

En conclusión, en el Código Civil Catalán aparece regulado como sistema preferente la custodia compartida, mientras que en la legislación común no aparece regulada así. Lo que si queda claro es que, al final, las soluciones que se den tendrán como prioridad el interés superior del menor y habrá que estudiar cada caso por separado ya que cada familia es diferente y las circunstancias también.

CAPÍTULO 4.- CONFLICTIVIDAD QUE SE PUEDE PLANTEAR CON LA CUSTODIA

4.1 LOS DIFERENTES CONFLICTOS EN RELACIÓN CON LA CUSTODIA COMPARTIDA

A la hora de valorar si se otorga o no la custodia compartida habrá que tener en cuenta ciertos aspectos que pueden implicar que no sea posible que se atribuya la custodia a los dos progenitores.

A continuación, veremos cuales son esos conflictos que se pueden dar a la hora de plantearse la custodia compartida.

4.1.1 La vivienda habitual

El Código Civil no contempla entre sus artículos que progenitor es el que debería conservar la vivienda familiar, tal y como se indica en la STS 593/2014 de 24 de octubre. Dicha sentencia nos indica que “lo que no hay es una regulación específica para adaptarla a esta nueva modalidad de custodia posiblemente por las variables que el sistema comporta”.²⁹

Debido a esa falta de legislación, tenemos que acudir a la jurisprudencia.

La STS 215/2016 recoge en su FJ 3º, en el apartado 3, que debido a ese vacío legal que nos encontramos sobre la vivienda, “al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores sino de los dos, ha entendido que debe aplicarse analógicamente el párrafo segundo del art. 96 CC , que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos unos quedan bajo la custodia de un progenitor y otros bajo la custodia de otro, remitiendo al juez resolver «lo procedente»”.³⁰ Dicha interpretación también aparece en otras sentencias posteriores como la STS 294/2017 en el FJ 2º.

²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 24 de octubre de 2015, sentencia núm. 593/2014. V-LEX

³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 6 de abril de 2016, sentencia núm.215/2016. V-LEX

Dado que a la hora de determinar que progenitor se queda con la vivienda familiar hay que aplicar el art. 96 CC analógicamente, será el juez el responsable de ello y deberá tener en cuenta las circunstancias de cada caso concreto.

A la hora de que el juez decida a quien otorgar la vivienda, este deberá tener en cuenta aspectos importantes como: si la vivienda está a nombre de uno de los progenitores o, al contrario, está a nombre de ambos; también puede atender a si uno de los cónyuges tiene la posibilidad de vivir en otra vivienda o no; o si uno de los progenitores necesita mayor protección en relación con los recursos económicos que tenga.

Hay varias soluciones a la hora de atribuir la vivienda:

- Se atribuye la vivienda por periodos alternos entre los progenitores. En este caso, son los padres los encargados de trasladarse a la vivienda para vivir con los menores, y mientras no les corresponda esta con los hijos, deberán estar en una vivienda alternativa. Los menores se quedarán siempre en la vivienda habitual.
- También se puede asignar la vivienda temporalmente a solo uno de los progenitores si, en este caso, no es posible que pueda tener otra vivienda y de esta forma poder asegurarse de que los niños estén atendidos adecuadamente.
- Por otro lado, nos encontramos con la atribución temporal de la vivienda al progenitor que no es el titular. En este caso, la vivienda se la quedaría el cónyuge que más protección necesite y así poder facilitar la custodia compartida.
- Por último, tenemos la posibilidad de que la vivienda se la quede el progenitor titular de la misma. Se respetaría el derecho de propiedad.

La STS 138/2023 atiende al problema de atribución de la vivienda familiar en caso de nos encontremos ante un divorcio en gananciales. En esta situación, se nos plantea el conflicto de que progenitor debería de quedarse con la vivienda familiar teniendo en cuenta que es de ambos progenitores al 50%. El padre, al reclamar en casación, se basa en que se está vulnerando el art. 96.2 CC. El padre solicita que se atribuya la vivienda a la madre, pero de forma temporal, hasta que pueda conseguir otra vivienda. Mientras que la madre, responde que en ningún caso se estaría vulnerando el art. 96.2 CC dado que ella, al estar en paro, se debe de atribuir la vivienda puesto que es la parte más vulnerable y con ello poder llevar a cabo la custodia compartida de su hija.

En el FJ 3º se expone que “de acuerdo con dicha doctrina, es posible la atribución del uso a aquél de los progenitores que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda (...). Ahora bien, con una limitación temporal, similar a la que se establecía en el art. 96.III CC para los matrimonios sin hijos, actual número segundo de dicho precepto”.³¹ En el fallo, el Tribunal estima el recurso y concede a Paloma el uso de la vivienda familiar, pero con un límite de un año.

4.1.2 La pensión de alimentos

La pensión alimenticia sirve para que el menor o menores de edad tengan sus gastos de todos los días cubiertos, así como otras necesidades que puedan necesitar.

En la legislación nos encontramos con que la pensión de alimentos está regulada en varias leyes.

El art. 39.3 CE nos indica que “los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”.

El Juez será el encargado de establecer “la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos”, como bien indica el art. 93 CC. El art. 110 de dicha ley también nos dice que “el padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos”.

En los casos de custodia compartida, se puede pensar que la pensión de alimentos no es necesaria dado que los progenitores se reparten por igual los gastos de los hijos. Sin embargo, esto no siempre puede ocurrir así.

Como regla general, los gastos de los menores serán repartidos entre los progenitores, y cada uno de ellos deberá hacer frente al 50% de los gastos. No obstante, puede que nos encontremos ante algunos casos en los que uno de los progenitores, por la razón que sea, como estar en paro, tiene unos ingresos más bajos y limitados que la

³¹ Sentencia del Tribunal Superior, Sala Primera de lo Civil, de 31 de enero de 2023, sentencia núm. 138/2023. V-LEX

otra parte. Si se diese esta situación, el juez, encargado del caso, podría fijar una pensión.

El art. 146 CC nos dice que “La cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe”. Por lo que el progenitor con más ingresos, siempre que haya una desproporción económica importante, tendría que pagar una pensión.

En la jurisprudencia también podemos encontrar varias sentencias en las que se atribuye la pensión alimenticia, a pesar de que nos encontremos ante una custodia compartida.

La STS 390/2015, nos indica que ambos progenitores tienen la custodia compartida de la menor. El FJ 6º, nos expresa que “por lo que se refiere a los alimentos, el recurrente solicita pagar doscientos euros al mes; cifra insuficiente (...). En principio el régimen de guarda y custodia comporta que cada progenitor, con ingresos propios, atienda directamente los alimentos cuando tenga consigo a la hija. El problema surge cuando existen diferencias sustanciales en los ingresos”.³² El juez, en el fallo expone que el padre deberá pagar por la pensión 500€ al mes, además de otros gastos extraordinarios.

También se puede nombrar la STS 55/2016. En este caso, nos encontramos con la custodia compartida de una menor. En el FJ 6º, el padre, que es la persona que recurre, entiende que, al estar ante una custodia compartida, no se debe de adoptar ninguna medida para el pago de alimentos. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la otra parte no tenía ingresos. En el mismo fundamento jurídico que expone que “esta Sala debe declarar que la custodia compartida no exime del pago de alimentos, cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges, o como en este caso, cuando la progenitora no percibe salario o rendimiento alguno (art. 146 C. Civil), ya que

³² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 26 de junio de 2015, sentencia núm. 390/2015. V-LEX

la cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades del que los recibe”.³³ En el fallo, no dan la razón al padre, y éste deberá pagar la pensión de alimentos a la madre.

En resumen, a pesar de que se atribuya la custodia compartida a los progenitores, esto no implica que no tenga que pagarse una pensión alimenticia a una de las partes. La pensión se aprobará siempre que una de las partes tenga unos ingresos mucho más desproporcionados que el otro.

4.1.3 La distancia entre los domicilios

Para poder determinar un límite a la distancia que puede haber entre los domicilios de los progenitores, serán necesarios ciertos factores como pueden ser la edad de los menores, puesto que no es lo mismo trasladar a un menor de 15 años que a uno 5, o, por otra parte, las actividades y obligaciones que el hijo o hija pueda tener.

A la hora de decidir un límite a esa distancia siempre habrá que tener en cuenta que esa distancia no signifique un gran trastorno para los menores.

La STS 115/2016 expone la decisión de un padre de recurrir en casación debido a que cree que debería de atribuirse la custodia compartida a ambos progenitores. Hay que tener en cuenta que la custodia se la conceden exclusivamente a la madre, que tiene su residencia habitual en Granada, mientras que, el padre, tiene su residencia en Cádiz. Una de las razones por las que el padre solicita la custodia compartida es porque a pesar de la distancia entre los progenitores, él asegura que si se concediera la custodia compartida se mudaría a Granada para poder que la distancia no fuese un impedimento. Sin embargo, este Tribunal ha indicado, en el FJ 3º que, el posible traslado del padre “no depende solo de su propio impulso, sino que requiere la consolidación del cambio residencial, pues no se aprecia una clara posibilidad de obtención de trabajo en Granada, por lo que estaríamos ante una mera expectativa, cuando menos, incierta”.³⁴ Por ello, el

³³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 11 de febrero de 2016, sentencia núm. 55/2016. V-LEX

³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala primera de lo Civil, de 1 de marzo de 2016, sentencia núm. 115/2016. V-LEX.

Tribunal decidió desestimar el recurso y, de esta manera, la madre mantendría la custodia exclusiva.

Otra sentencia que mencionar sería la STS 566/2017. En este caso, la madre obtuvo la custodia exclusiva en primera instancia y más adelante solicitó un cambio de residencia de Salamanca a Alicante, solicitud que se le denegó, a pesar de ser por motivos laborales. Tras la sentencia de primera instancia el padre decide recurrir, donde además indica que el hijo está residiendo en Alicante, y el juez de segunda instancia decide otorgar la custodia compartida a ambos progenitores. Posteriormente, la madre decide interponer recurso de casación y extraordinario por infracción procesal. El recurso de casación está motivado, entre otros, por la vulneración del art. 19 CE sobre el derecho de residencia, así como, el interés superior del menor. La distancia entre Salamanca y Alicante es de 500 km. por lo que sería prácticamente imposible llevar a cabo la custodia de forma conjunta. Además, el FJ 7º añade que “el cambio de domicilio no es caprichoso, sino que se debe a la obtención de un trabajo por Dña. Agustina”.³⁵ Por lo tanto, el TS decide estimar el recurso y volver a conceder la custodia exclusiva a la madre.

También comentar la STS 229/2018, de 18 de abril. En esta situación, la madre, residente en Tokio, obtuvo en primera instancia la custodia exclusiva de sus hijos. Tras esta decisión, ambos progenitores decidieron interponer recurso de apelación en segunda instancia, pero fueron desestimados. Más tarde, el padre decidió recurrir en casación solicitando la custodia compartida a pesar de que ambos progenitores residen en países diferentes, pues el padre reside en Pamplona. En relación con la distancia tan grande entre ambas residencias el Tribunal argumenta, en el FJ 2º, que “a distancia existente entre ambos domicilios no solo dificulta, sino que hace inviable, la medida de custodia compartida en la forma interesada”.³⁶ Por ello, se decide desestimar el recurso y mantener la custodia exclusiva para la madre.

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 19 de octubre de 2017, sentencia núm. 566/2017. V-LEX.

³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 18 de abril de 2018, sentencia núm. 229/2018. V-LEX

Posteriormente, nos centraremos más sobre este tema de la distancia y sobre todo en los casos en los que habiendo una custodia compartida, uno de los progenitores cambie de residencia a otra ciudad donde la distancia puede suponer un problema para poder mantener la custodia compartida.

4.1.4 La relación entre ambos progenitores

En general no puede decirse que, si los progenitores no tienen buena relación entre ellos, esto sea un motivo suficiente para no establecer la custodia compartida. Ya que, como se ha dicho en muchas ocasiones, lo primordial a la hora de decidir qué tipo de guarda y custodia es la mejor para cada situación hay que atender al interés superior de los menores.

Para que una mala relación impida la guarda y custodia compartida tendría que ser tan grave que afecte a los hijos de la pareja. Por ejemplo, se puede dar el caso de que la relación entre los progenitores sea tan mala y la situación tan grave que se dé la conocida como alienación parental. En estas situaciones, se puede dar que uno de los progenitores, quiera hacer tanto daño a la otra parte que decida envenenar la mente de los menores hablando mal del otro para, de esta forma, obstaculizar la relación del otro progenitor con los menores. Es una manipulación contra la otra parte.

La STS 757/2013 de 29 de noviembre expone lo indicado anteriormente sobre que “las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor”.³⁷ Por ello, el Tribunal decidió fallar a favor del padre y otorgar la guarda y custodia compartida de las menores.

También, la STS 51/2016 de 11 de febrero establece que para que pueda haber una guarda y custodia compartida conviene que haya una buena relación entre las dos partes. En el FJ 3º se expone que “la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo

³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil de 29 de noviembre de 2013, sentencia núm. 757/2013. V-LEX

emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad”.³⁸ Sin embargo, el Tribunal ve lógico que después de una situación como es un divorcio, es completamente normal que no haya buena relación entre las partes. La Sala falla a favor de la guarda y custodia de los menores.

También comentar la STS 43/2018 de 17 de enero, en la que, en su FJ 2º, se afirma que “la búsqueda del enfrentamiento personal entre ambos cónyuges no puede ser en si misma causa de denegación del sistema de guarda compartida, en cuanto perjudica el interés del menor que precisa de la atención y cuidado de ambos progenitores”.³⁹

Por último, comentar el caso de la STS 545/2022, de 7 de julio. En esta situación, tras la madre conseguir la custodia exclusiva en primera instancia, el juez de segunda instancia otorga la custodia compartida a ambos progenitores. Debido a esto la madre decide recurrir en casación exponiendo que la custodia compartida no es viable debido a la relación actual de ambos progenitores, pues en muchas ocasiones han sido testigos de las desavenencias y ello estaría violando en interés superior del menor. A pesar de que para poder otorgar la custodia compartida que haya una mala relación entre los padres tiene porque ser incompatible, en el FJ 4º se expone que “en las situaciones conflictivas, como la actual, hay una fuerte evidencia de que los altos niveles de conflicto post divorcio son perjudiciales para los hijos”.⁴⁰ Por ello, y tras el informe de un especialista, el tribunal ha fallado a favor de la madre y la otorga la custodia exclusiva de los hijos.

En conclusión, a la hora de otorgar o no la guarda y custodia compartida, la relación entre los progenitores no es un factor a tener en cuenta siempre y cuando no afecte al desarrollo de los menores, ni a la relación de estos con sus progenitores. Hay que evaluar cada caso por separado. Por ello, es necesario que para que se dé el caso de

³⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 11 de febrero de 2016, sentencia núm. 51/2016. V-LEX.

³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 17 de enero de 2018, sentencia núm. 43/2018. CENDOJ.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 7 de julio de 2022, sentencia núm. 545/2022. V-LEX

que no se admita la guarda y custodia compartida hay que demostrar que estamos ante situaciones muy extremas en cuando a la relación.

4.1.5 La disponibilidad horaria de los progenitores

En estos casos, que uno de los padres posea más tiempo para el cuidado de los menores no quiere decir que inmediatamente este obtenga una custodia exclusiva. Aunque es un factor importante a tener presente, esto no implica que no se pueda conceder la custodia compartida a ambos progenitores, dado que lo principal siempre es el interés superior del menor.

En estos casos habrá que atender a que los horarios de trabajo de los progenitores no sean incompatibles con el cuidado y la atención a los hijos.

La STS 30/2019 de 17 de enero, recoge, lo indicado anteriormente en la STS 630/2018, “El sistema de custodia compartida no conlleva un reparto igualitario de tiempos, sino que pretende un reparto lo más equitativo posible y atemperado con la diversidad de las jornadas laborales de los progenitores”.⁴¹

Por otra parte, nos encontramos con la STS 593/2018 y la STS 130/2016. La primera de ellas recoge la desestimación del recurso del padre debido a su horario de trabajo. Como recoge el FJ 1º, “el progenitor paterno es distribuidor autónomo de productos farmacéuticos, cuyo horario laboral es difícilmente compatible con un verdadero sistema de custodia compartida”.⁴² Lo mismo ocurre en la segunda sentencia nombrada. En este caso, el padre al ser bombero no tiene la suficiente disponibilidad para cuidar de la hija dado que tiene un sistema de trabajo por turnos con guardias de 24 horas.

También es verdad, y es necesario comentar, que a pesar de que los horarios de los trabajos puedan poner difícil la tarea de obtener una custodia compartida; hoy en

⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 17 de enero de 2019, sentencia núm. 30/2019. V-LEX

⁴² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 30 de octubre de 2018, sentencia núm. 593/2018. V-LEX

día, es muy probable, que, en muchos casos, ambos progenitores trabajen por igual, generalmente, y en esos casos habría que evaluar cada situación y elegir la mejor solución para los hijos.

4.1.6 La audiencia del menor

En las situaciones donde haya menores involucrados, como es el caso de las separaciones o divorcios de sus progenitores, éstos tienen derecho a que se les escuche y puedan decir cómo se sienten con la situación. Permitiéndoles que sean escuchados es una forma de poder garantizar el interés superior de los menores.

La audiencia del menor aparece en el Código Civil, en su art. 92.6, que regula que el juez, antes de poder tomar alguna decisión, tendrá que “oír a los menores que tengan suficiente juicio”, siempre que sea necesario o se solicite.

La Ley de Enjuiciamiento Civil también incluye en sus artículos el derecho de los menores a ser oídos. El art. 770.1. 4º regula que la audiencia se llevará a cabo en las “condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario”. En art. 777 de dicha ley también hace referencia a esta cuestión. Regula, en su apartado 5 que “si hubiera hijos menores (...) serán oídos cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio hijo”.

El derecho a que el menor pueda ser oído también aparece regulado expresamente en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, concretamente en su art. 9.1. En ello se indica que “el menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado”, además en el segundo párrafo de dicho artículo, se expresa que tendrán preferencia dichas declaraciones.

Ya en el ámbito internacional, solo comentar que, la audiencia del menor aparece regulada por el Convenio sobre los Derechos del Niño de 1989, concretamente

en su art. 12.2 donde se regula que “se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

Estas audiencias son un derecho, pero no son una obligación para el menor. Puede ser que un menor tenga la capacidad suficiente para que se pueda hablar, pero no quiera llevarlo a cabo. También puede ocurrir al revés, que no tenga la suficiente madurez, pero quiera hablar y en estos casos será el juez el encargado de decidir lo mejor para el menor. Pero lo que está claro es, que, si el menor no quiere ser oído, habrá que respetarle. Por otro lado, es necesario que el menor sepa que en la audiencia no estarán presentes ni los abogados ni los padres, ya que, en muchas ocasiones, si se encuentran los padres en la misma sala los menores pueden sentirse cohibidos y no contar todo lo que desean.

Además, también hay que tener en cuenta, y merece la pena mencionar que, lo que diga el menor en la audiencia no tiene por qué ser lo mejor para su interés como bien expone la SAP Madrid 18447/2019 de 12 de septiembre. En su FJ 1º se indica que “pese a que el menor alegó en la exploración su deseo de convivir con el padre, el interés de los menores no siempre tiene que coincidir con lo que estos consideren que es mejor para ellos y ese interés no puede ser medido en términos de confort material o mantenimiento del statu quo”.⁴³

Cabe mencionar, la STS 577/2021, de 27 julio. En esta ocasión, los progenitores tienen la custodia compartida, y la madre lleva a cabo un recurso en casación motivado por, entre otros, la falta de exploración de los menores ni en primera ni en segunda instancia. Es importante comentar que los menores, en este caso, no llegan a la edad mínima de los 12 años, incluida en el art. 92.6 CC. Bien es cierto que la negativa a que los menores fueran escuchados deberían de haber sido motivados ya que debido a ello, “se han quebrantado las normas legales contenidas en los preceptos que el recurso cita como infringidos; desatendido la jurisprudencia establecida sobre el derecho de los

⁴³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, del 12 de septiembre de 2019, sentencia núm. 18447/2019. CENDOJ

menores a ser oídos; y vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva”.⁴⁴ Por ello, el Tribunal decide retrotraer las actuaciones a la Audiencia Provincial de Badajoz para que antes de dicte otra vez sentencia lleve a cabo el derecho a ser oído del menor.

Por último, comentar la STS 87/2022, del 2 de febrero. En este caso, la madre decide recurrir, entre otros, en casación alegando de que en la primera y en la segunda instancia se ha vulnerado el derecho que tiene la menor a ser escuchada por el tribunal. De esta forma también se estarían vulnerando los arts. 92.2 y .6 CC, además del art. 9 LOPJM. Dicha sentencia cita la sentencia anteriormente comentada y por ello el Tribunal decide “anular la sentencia y retrotraer las actuaciones al momento anterior al de su dictado para que, antes de resolver sobre la guarda y custodia de la menor, se haga efectivo el derecho de esta a ser oída y escuchada sobre su guarda y custodia”.⁴⁵

4.2 EN ESPECIAL, SOBRE EL CAMBIO DE DOMICILIO SOBREVENIDO DE UNO DE LOS PROGENITORES.

Puede haber ocasiones en las que uno de los progenitores tiene que mudarse a otra ciudad o Comunidad. En estos casos es conveniente tener en cuenta lo que puede pasar cuando la custodia sea compartida, puesto que este cambio de domicilio puede llevar consigo impedimentos a la hora de poder atender a todas las responsabilidades.

Como cada situación es diferente, a la hora de establecer un límite de distancia entre el domicilio de uno de los progenitores y el nuevo domicilio del otro progenitor hay que tener en consideración distintos aspectos como puede ser la edad de los menores, o los cambios que esa mudanza pueda llevar consigo. Hay que tener en cuenta que no está regulado por ley el límite de distancia que pueda haber entre los dos domicilios, no aparece en ningún lado que a partir de ciertos kilómetros ya no se pueda otorgar la custodia compartida.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 27 de julio de 2021, sentencia núm. 577/2021. CENDOJ

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 2 de febrero de 2022, sentencia núm. 87/2022. CENDOJ

A pesar de que la distancia en sí no es un aspecto que imposibilite la atribución o, en este caso, el poder mantener la custodia compartida, sí que es un factor muy importante. Es primordial poder mantener el entorno en el que se encuentran los menores y que no sufran cambios bruscos. No se recomienda que por esa nueva distancia sea necesario que los hijos tengan que cambiar de colegio, de actividades extraescolares o cambiar de amistades, también se intenta evitar que los hijos tengan que pasar largas horas en el coche para poder ver al otro progenitor.

Aunque haya que estudiar y valorar cada caso por separado, puede haber casos en los que la distancia no suponga gran problema para los menores dado que los progenitores deciden buscar soluciones. La custodia compartida no son matemáticas exactas, no es necesario que los hijos pasen la mitad de tiempo con un progenitor y la otra mitad con el otro. Se puede llegar a la decisión de que se divida el tiempo en vez de un 50% con cada progenitor, pasar un 60% del tiempo con uno y el 40% con otro progenitor y de esta forma no trastocar demasiado el entorno de los hijos.

En la jurisprudencia nos encontramos con bastantes sentencias sobre el tema en las que nos pueden dejar claro que distancia puede ser adecuada para que los menores no sufran una gran alteración de su vida.

En la SAP Alicante 515/2014, se recoge el caso de un padre y una madre, residentes en Elche con custodia monoparental a favor de la madre desde la sentencia de divorcio. Sin embargo, la madre decide trasladar su lugar de trabajo a Madrid y pasa los días laborables en esa ciudad. Debido a un embarazo con su nueva pareja, esta decide pasar los meses de embarazo, así como la baja de maternidad, en Elche. El FJ 3º expone que “a partir del momento en que la demandada se reincorpore a su puesto de trabajo en Madrid, quedará sustituido el régimen de convivencia compartida por un régimen de custodia monoparental a favor del padre”.⁴⁶ Por lo tanto, el tribunal decide, en el fallo que, durante el tiempo del embarazo y de la baja maternal se lleve a cabo una custodia compartida entre los dos progenitores. No obstante, cuando la madre tenga que incorporarse a su puesto de trabajo en Madrid será el padre quien ostente la custodia monoparental, y la madre tendrá un régimen de visitas.

⁴⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 5 de noviembre de 2015, sentencia núm. 515/2014. CENDOJ.

La STS 4/2018 de 10 de enero, analiza la posibilidad de una custodia compartida cuando hay de por medio más de 1000 km. Durante la relación, ambos progenitores vivían en Guipúzcoa, sin embargo, tras la separación, la madre decide volver a su ciudad de origen en Jerez de la Frontera. El padre solicitaba al Tribunal mantener la custodia compartida, mientras que la madre pedía la custodia exclusiva para ella. Uno de los aspectos que indicaba el padre para poder mantener la custodia compartida era que la hija que tenía en común aun no tenía la edad para la escolarización obligatoria. En segunda instancia, la SAP Guipúzcoa 325/2016 de 30 de diciembre⁴⁷, falló a favor de la custodia compartida. Posteriormente, la madre recurrió en casación ante el Tribunal Supremo, y en este caso el Tribunal estimó el recurso de casación de la madre y le otorgo la custodia exclusiva de la menor motivándolo en que una distancia tan grande no es viable para poder tener una custodia compartida.

La STS 58/2020 de 28 de enero, resuelve sobre el caso de dos madres que solicitan la custodia exclusiva para cada una de ellas. Ambas tenían domicilio en Madrid, donde habían convivido desde antes de que la hija que tienen en común naciera. Sin embargo, una de ellas decidió cambiar su residencia a Alicante llevándose a la menor que tenían en común sin consultarlo con la otra parte. En Alicante, la madre decide inscribir a la hija en un nuevo colegio. Las primeras sentencias emitidas establecían “un régimen guarda y custodia compartida, con alternancia anual”⁴⁸ (FJ 1º), a pesar de la distancia que había entre los dos domicilios. A pesar de que se expresa que la menor no ha tenido problemas en adaptarse a la custodia compartida, cada una de las partes solicita la custodia exclusiva para sí. Al final, este Tribunal falla a favor de la madre con domicilio en Alicante, lo cual no impide que se lleve a cabo un régimen de visitas o de alimentos.

Otro caso que vamos a analizar es el de la STS 748/2016 de 21 de diciembre en el que se decide si es posible una custodia compartida cuando hay de por medio 50 km. En esta situación, el padre solicita la custodia compartida de la hija menor de edad, mientras que la madre solicita la custodia monoparental para ella misma. En este caso,

⁴⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 30 de diciembre de 2016, sentencia núm. 325/2016. V-LEX

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 28 de enero de 2020, sentencia núm. 58/2020. V-LEX

tanto la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid decidieron fallar a favor de la madre, aceptando que se quedara con la custodia exclusiva de la niña. El padre exponía que la distancia no supondría ningún inconveniente para la menor. Sin embargo, el Tribunal Supremo, en esta situación, también desestimó el recurso del padre porque “aunque concurran varios de los requisitos que normalmente habrían de dar lugar al establecimiento del régimen de custodia compartida, existe una circunstancia que lo desaconseja por suponer una alteración de la vida normal de la menor, sobre todo cuando ya alcanza edad escolar”.⁴⁹ Por lo tanto, para el Tribunal Supremo, una distancia de 50 km entre los progenitores sigue siendo un inconveniente para poder otorgar la custodia compartida.

Por último, comentaremos la STS 110/2017 de 17 de febrero. En este suceso, la madre vive en Madrid, mientras que el padre reside en Coslada, a 15 km, y donde los menores tienen el colegio. El Juzgado de Primera instancia dictaminó que se podía otorgar la custodia compartida a ambos progenitores, ya que estos habían ya acordado un régimen de visitas y no se apreciaba ningún inconveniente por parte de los progenitores ni de los menores. La madre decidió recurrir en apelación alegando que no había buena relación entre las partes, además de que uno de los menores prefería estar con la madre que con el padre. Por lo tanto, la Audiencia Provincial de Madrid, estimaba el recurso y otorgaba la custodia exclusiva a la madre. Posteriormente, el padre decide interponer un recurso de casación al Tribunal supremo, el cual se estima por el Tribunal. Y, en relación a la parte que nos atañe, el FJ 3º, en su apartado 3 expone que “la distancia entre las localidades en que residen los progenitores de los menores (Madrid-Coslada) es escasa”.⁵⁰ Al estimar el recurso, el Tribunal está indicando que una distancia de 15 km no es motivo para denegar una custodia compartida.

Aunque las sentencias nombradas nos pueden hacer una idea de los límites para así poder obtener una guarda y custodia compartida o no, sigue sin ser preciso por lo que todo tiene que valorarse por separado, ya que cada caso es distinto. Lo que sí está claro es que cuanto más cerca habiten los progenitores entre ellos y el colegio y las

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 21 de diciembre de 2016, sentencia núm. 748/2016. V-LEX

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 17 de febrero de 2017, sentencia núm. 110/2017. V-LEX

amistades de los hijos menores de edad, más fácil será poder tener la custodia compartida. Además, nunca podemos olvidar que lo más importante a la hora de establecer la custodia compartida es el interés superior del menor.

4.3 MODIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS

Desde que se otorgó un tipo de guarda y custodia hasta que los hijos son mayores de edad, las circunstancias de cada caso pueden haber ido cambiando con el tiempo. Por ello, es posible que se puedan modificar las medidas tomadas y que ese tipo de custodia también cambie. Para que pueda llevarse a cabo esa modificación es necesario que la causa sea justificada y siempre hay que tener presente el interés superior de los menores.

El TS trata este tema en la STS 4044/2018, de 20 de noviembre. En este caos, era la madre la que tenía la custodia exclusiva de la hija. El padre decide recurrir en casación y solicita que se modifiquen las medidas y el régimen de custodia, pasando a ser custodia compartida. Para ello se basa en el interés superior de la menor. En el FJ 2º.4, de dicha sentencia, se enumeran los diferentes cambios que han ido ocurriendo: “la edad de la niña, su deseo de estar más tiempo con su padre o el mismo que con su madre y el progresivo cambio jurisprudencial de esta sala respecto a la modificación de medidas acordadas con anterioridad”.⁵¹ El apartado 5 del FJ 2º también establece que “entre estos criterios se deben tener en cuenta los deseos manifestados por los menores y el resultado de los informes exigidos legalmente, (...) y es evidente que todos ellos apuntan la conveniencia de adoptar este sistema de guarda y custodia”.⁵² Debido a estos motivos, el Tribunal decidió estimar el recurso del padre y así otorgar la custodia compartida ambos padres y la modificación de medidas.

Pilar Álvarez Olalla se ha pronunciado sobre este asunto, así como, sobre la sentencia anteriormente comentada y opina que “el cambio de régimen de custodia debería ser acordado en modificación de medidas, a pesar de que no haya habido alteración de las circunstancias de facto de la familia, debiendo considerarse que el

⁵¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera de lo Civil, de 20 de noviembre de 2018, sentencia núm. 4044/2018. CENDOJ

⁵² STS 4044/2018 op. Cit.

cambio en la concepción social y jurisprudencial sobre la custodia compartida es suficiente para admitir la modificación”.⁵³

Otra sentencia que conviene mencionar es la STS 404/2022, de 18 de mayo. En este caso, la madre posee la guarda y custodia exclusiva de la menor. El padre, por su parte, decide recurrir al TS y solicita la custodia compartida. Cabe mencionar que, el padre estuvo implicado en un procedimiento sobre violencia de género, del que, al final, quedó absuelto. Los motivos del recurso, principalmente, era que se estaba vulnerando el principio del interés superior del menor. En este caso el Tribunal considera que “ha habido un cambio de circunstancias derivado de la edad de la niña, que no alcanzaba, al firmarse el convenio regulador, los dos años de edad, mientras que, en el próximo mes de agosto, cumplirá nueve años, así como también por la circunstancia de que el padre ha sido absuelto de la comisión de un delito de violencia sobre la mujer, que impedía disfrutar del régimen de custodia compartida o fijarlo en su momento”.⁵⁴ Por otra parte, la sentencia cita también la STS 124/2019, ya que se indicó que “Esta Sala no ha negado que pueda acordarse la guarda y custodia compartida por cambio de circunstancias, incluso habiendo precedido convenio regulador de los progenitores sobre la guarda y custodia de los hijos, pero siempre por causas justificadas y serias”.⁵⁵ El Tribunal fallo a favor del padre, otorgando la guarda y custodia compartida al considerar que las circunstancias que habían cambiado eran motivo suficiente.

4.4 LA INCOMPATIBILIDAD DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Lamentablemente, la violencia de género es, a día de hoy, uno de los problemas sociales más importantes que existen en nuestra sociedad. En este año 2023, ya ha

⁵³ ÁLVAREZ OLALLA, P.: “Modificación de medidas y custodia compartida. Comentario a la STS de 20 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5376)”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, num.110/2019. Editorial Civitas, SA

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 18 de mayo de 2022, sentencia núm. 404/2022. CENDOJ

⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 26 de febrero de 2019, sentencia núm. 124/2019. V-LEX

habido 28 muertes⁵⁶ de mujeres, es decir, casi una muerte por semana desde el 1 de enero.

Podemos describir la Violencia de Género como “aquella que se ejerce sobre las mujeres por parte de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones de afectividad (parejas o ex-parejas). El objetivo del agresor es producir daño y conseguir el control sobre la mujer, por lo que se produce de manera continuada en el tiempo y sistemática en la forma, como parte de una misma estrategia”.⁵⁷ Por otro lado, la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en su art.1.2 y .3 define dicho término como “todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”, además de “la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero”.

Centrándonos en el tema que nos compete, el art. 92. 7 CC regula que pasaría en relación con la guarda y custodia de los hijos menores de edad en casos de Violencia de Género u otro procedimiento penal. Dicho artículo expone que “no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal (...). Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género”. Por lo tanto, la Violencia de Género y la custodia compartida no son compatibles en estos casos.

Hay que tener en cuenta, por otro lado, que el TS ha planteado la cuestión de inconstitucionalidad del art. 92.7 CC porque se piensa que puede estar atentando contra el interés superior del menor. El Tribunal se ha pronunciado en la ATS 581/2023, de 11 de enero. En la parte dispositiva se indica que han decidido “plantear al Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 92.7 del CC, habida cuenta de su eventual oposición con los arts. 10.1 CE, relativo al derecho al libre

⁵⁶ Delegación de Gobierno contra la Violencia de Género. Ministerio de Igualdad, <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/> (Consultado el 14 de julio de 2023).

⁵⁷ “Definición de Violencia de Género”. Ministerio de Igualdad, servicios Sociales e Igualdad. https://www.inmujeres.gob.es/servRecursos/formacion/Pymes/docs/Introduccion/02_Definicion_de_violencia_de_genero.pdf (Consultado el 14 de julio de 2023)

desarrollo de la personalidad; 8 CEDH, que protege la vida familiar; 39, apartados 1, 2 y 4 CE, que consagra el principio del interés superior del menor, como igualmente hace el art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y el art. 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en relación con el art. 10.2 CE, en los términos antes desarrollados”.⁵⁸ Con ese planteamiento se suspendió provisionalmente el recurso que se estaba tratando. Actualmente, el TC aún no se ha pronunciado sobre el asunto.

En relación con la Violencia de Género y la custodia compartida, nos encontramos con bastante jurisprudencia.

Mencionar la STS 729/2021, de 27 de octubre. En este caso, la madre recurre en casación y solicita la custodia exclusiva debido a que, entre otras cosas, se estaría vulnerando el art. 92.7 CC debido a que en el año 2019 se condenó al padre por varios delitos como Violencia de Género, maltrato y vejaciones continuadas contra la otra progenitora. Además, según el Tribunal “la sentencia condenatoria aportada muestra la falta de actitud del padre para cooperar y respetar a la madre”.⁵⁹ Por ello, el Tribunal estimó la demanda de la madre y le concedió la guarda y custodia compartida de los hijos.

Por otro lado, nos encontramos con la STS 1207/2022, de 28 de marzo. Aquí, el Tribunal se pronuncia sobre un recurso de casación interpuesto por la madre solicitando la custodia exclusiva por, entre otros, vulneración del art. 92.7 CC. La motivación de este fundamento se basa en que para que pueda haber una custodia compartida es necesario que haya una buena relación y comunicación entre los progenitores, circunstancia que no se da, además de que el padre está condenado por un delito de Violencia de Género. Sin embargo, el FJ 4º desestima ese motivo debido a que “consta condena del Sr. Celso por un delito leve de vejación injusta a la pena de 10 días de localización permanente. La ejecutoria penal se archivó por auto de 3 de abril de

⁵⁸ Auto del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 11 de enero de 2023, auto núm. 581/2023. CENDOJ.

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 27 de octubre de 2021, sentencia núm. 729/2021. CENDOJ.

2019”.⁶⁰ Debido, además, que según el art. 136 CP, se ha llevado a cabo la cancelación de los antecedentes penales por haber pasado más de 6 meses, el Tribunal decidió mantener la custodia compartida. Como bien indica Cristina Guilarte, hablando de dicha sentencia, es curioso que “el Tribunal Supremo se limite a considerar la falta de vigencia de la prohibición contenida en el art.92.7 y no tanto si la efectiva condena por violencia de género pone de manifiesto una relación conflictiva entre los progenitores que desaconseja la constitución del régimen de custodia compartida que exige una relación de mutuo respeto”.⁶¹ Desde mi punto de vista, a pesar de que se hayan cancelado los antecedentes, ha sido condenado, y, precisamente, esa condena haga que la custodia compartida se lleve a cabo de una manera muy difícil ya no solo para los progenitores, sino también para los menores, porque les afectará de algún modo.

4.5 LA CUSTODIA COMPARTIDA DURANTE LA PANDEMIA

En marzo de 2020 se creó una situación excepcional en nuestra sociedad por el Coronavirus, lo cual dio lugar a la declaración del Estado de Alarma por parte del Gobierno.

Durante 3 meses, los ciudadanos teníamos, entre otras cosas, prohibido salir de casa y realizar desplazamientos a no ser que se tratase de alguna excepción. El RD 463/2020 de 14 de marzo regulaba, en el art. 7. e) los casos en los que estaba permitido realizar desplazamientos. Dicho artículo indica que, únicamente se podrá circular, entre otras para “asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables”.

Por lo tanto, de este precepto podemos entender que, si bien es cierto que la circulación estaba bastante restringida, el régimen de visitas y el poder llevar a cabo la custodia compartida si estaba permitido ya que se permite la circulación en caso de asistencia y cuidado a personas menores.

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 28 de marzo de 2022, sentencia núm. 1207/2022. CENDOJ.

⁶¹ Guilarte Martín-Calero, C.: “Custodia compartida y violencia de género. Comentario a la STS de 28 de marzo de 2022”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* num.120/2022. Editorial Civitas, SA

Por otro lado, durante el confinamiento, los progenitores también podían decidir llegar a un acuerdo durante ese periodo, “configurando así un régimen de visitas que tenga en cuenta básicamente el interés del menor, la salud de todos ellos”.⁶²

Aparte del acuerdo de los progenitores, el juez también puede intervenir en caso de desacuerdo y será él el que decida lo mejor para los menores. La Comisión Permanente del CGPJ indicó que las Juntas Sectoriales de cada Juzgado de Familia podrá adoptar acuerdos sobre la cuestión, como es el caso, por ejemplo, de los Jueces de Barcelona, que llegaron a un acuerdo que el 19 de marzo remitió el TSJ de Cataluña. El acuerdo, en su apartado cuarto indica que, en caso de no haber acuerdo entre los progenitores, pero tampoco contagios ni síntomas, el sistema de custodia “deberá ser ejercido por el progenitor custodio (en supuestos de custodia exclusiva) o por el progenitor que ostenta la guarda en este momento (en supuestos de custodia compartida).”⁶³ Por otra parte, el apartado tercero expone que en caso de contagio por parte de uno de los progenitores, “es preferible que la guarda y custodia la ostente el otro progenitor a fin de evitar su propagación al menor cuya custodia tiene confiada”.⁶⁴

Nos podemos encontrar con algunos pronunciamientos de jueces en los que se lleva a cabo la modificación de la regulación.

En el AJPI 87/2020 de Santa Cruz de Tenerife, la madre solicita al juzgado la suspensión del régimen de visitas hasta la terminación del estado de alarma debido a que el médico ha recomendado que el menor esté asilado en su domicilio debido a una enfermedad. Por otro lado, el padre manifiesta que, no se advierte que el menor corra peligro en el domicilio del padre”⁶⁵, dando a entender que no habría ningún problema en que el hijo se desplazara. La jueza estimó la solicitud de la madre y además indicó que el padre recuperaría los días que no hubiese disfrutado al final del Estado de Alarma.

⁶² Vives, I.: “Derecho de Familia: La regulación de la guarda y custodia durante la vigencia del Estado de Alarma”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, num.962/2020, Editorial Aranzadi, S.A.U.

⁶³ *Acuerdo de unificación de criterios de los juzgados de familia de Barcelona en relación al Estado de Alarma*, Barcelona, 18 de marzo de 2020.

⁶⁴ Op. Cit.

⁶⁵ Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 7, Santa Cruz de Tenerife, 3 de abril de 2020, auto núm. 87/2020. CENDOJ

Otro caso que también podemos mencionar es el de una madre que solicita la suspensión temporal de la custodia compartida durante el confinamiento. El Juzgado de Primera Instancia núm. 22 de Zaragoza decidió otorgar la custodia exclusiva temporalmente a la madre. “La mujer solicitó la intervención urgente del juzgado el pasado 13 de abril y ese mismo día (...) la juez acordó suspender la custodia compartida por el riesgo de que los dos niños puedan contagiarse de coronavirus”.⁶⁶

⁶⁶ Garú, M. (17 de abril de 2020). “Suspenden la custodia compartida a un padre por el riesgo de contagio de Covid-19 para sus hijos”, *Heraldo*.
<https://www.heraldo.es/noticias/aragon/zaragoza/2020/04/17/coronavirus-suspenden-custodia-compartida-padre-riesgo-contagio-hijos-covid19-zaragoza-1370062.html>

CAPÍTULO 5.- CONCLUSIONES

Una vez finalizado el estudio y análisis de la custodia compartida, podemos destacar las siguientes conclusiones:

Primero. A la hora de llegar a un acuerdo en los casos de divorcio, separación o anulación matrimonial de unos progenitores, cuando nos encontramos con hijos menores de edad, lo más importante y, a su vez, lo más difícil es poder llegar a un acuerdo sobre la guarda y custodia de los hijos.

Desde siempre, se ha optado por otorgar la custodia exclusiva o monoparental a uno de los progenitores; y, en la mayoría de los casos, se acababa acordado la custodia a favor de las madres. En relación con la custodia compartida, esta se otorgaba de forma muy puntual. Sin embargo, a partir del año 2005, con la promulgación de la Ley 15/2005 y la regulación de la custodia compartida, el número de progenitores y/o jueces que se decantan por este sistema ha ido incrementando. Esta regulación de la custodia compartida es una forma de aceptar que la realidad social ha ido cambiando con los años, y la mujer, ya no es la que se tiene que quedar en casa a cuidar de los hijos, como se hacía en la época de nuestros abuelos. Ahora, es más difícil conocer a una mujer que no esté en el mundo laboral y por ello, es lógico que el padre y la madre tengan la oportunidad de compartir el cuidado y la crianza de los hijos.

Segundo. El artículo 92 CC es el encargado de regular la custodia compartida en nuestro Ordenamiento. El legislador, al regular sobre este sistema, deja en manos de los progenitores si quieren solicitar la custodia compartida. De ser así, deberán plantearlo en el convenio regulador y será el juez, el encargado de decidir si acepta o no la custodia compartida, tras haber valorado todo lo necesario regulado en el art. 92.6 CC. El legislador, aparte, también deja la posibilidad de que solo unos de los progenitores soliciten la custodia compartida al Juez. Sin embargo, el juez, de oficio, no podrá aplicarlo. Aunque no aparezca regulado expresamente, la custodia compartida debería ser la primera opción en todos los casos de divorcio, separación o anulación. Esto no quiere decir que siempre se tenga que adoptar, todo dependerá de cada caso, pero es una

opción en la que los progenitores pueden seguir manteniendo, dentro de lo que cabe, la misma relación con los hijos.

Tercero. Lo más importante que hay que tener presente a la hora de poder adoptar la custodia compartida es el bienestar de los hijos. El interés superior del menor, o también conocido como “*favor filii*”, es el eje fundamental a la hora de elegir qué tipo de custodia es la más idónea para ellos, es el que al final prevalece, incluso superando al interés de los progenitores. También hay que tener en mente que, en ocasiones puede ocurrir que lo que menor quiere no siempre tiene que ser en su interés, por lo que la última palabra siempre la tendrá el juez correspondiente.

Cuarto. Aparte de la importancia del interés de los menores, los tribunales, además, tienen que hacer frente a otros tipos de conflictos que surgen tras una separación o divorcio. El tema de la vivienda habitual, o la pensión de alimentos o, incluso la relación entre los progenitores, son problemas que al momento de tener que tomar una decisión sobre qué tipo de custodia es mejor, son necesarios valorar.

Quinto. En relación con el punto anterior, otra cuestión importante a la hora de poder adoptar una custodia compartida es la distancia entre las viviendas de ambos progenitores. Cada familia es un mundo, al igual que las circunstancias de cada uno, por ello, es necesario estudiar las características de cada caso. No es lo mismo una distancia de 20 km para un hijo de 2 años que aún no esté en periodo de escolarización que otro hijo que tenga 15 años y tenga que ir todos los días al instituto o a otras actividades extracurriculares. Al final, no hay ningún precepto que regule algún límite para esa distancia y cada juez aplicará su propio criterio.

Sexto. A lo largo del trabajo, hemos podido observar que, aunque sí que es cierto que la custodia compartida está regulada en el Código Civil, sería conveniente que la custodia compartida debería de regularse de una manera mucho más completa, y no solo ese régimen, sino todo lo relacionado con la guarda y custodia de los menores, ya que por ejemplo, como se ha indicado anteriormente, en el caso de la vivienda se ha de aplicar un artículo por analogía ya que la vivienda en caso de custodia compartida no aparece regulado. Es necesario que haya una serie de criterios y de pautas que, de no haber acuerdo entre los progenitores, los jueces puedan seguir para poder hacer la tarea

más fácil. Toda esa falta de regulación sobre el tema, se ha podido completar gracias a la jurisprudencia y a la doctrina de los tribunales, pero no es suficiente. Sin embargo, para que pueda haber una mayor seguridad jurídica, sería conveniente regular una ley exclusivamente sobre la guarda y la custodia, ya que todo esto ha provocado que algunas CCAA haya decidido regular la guarda y custodia compartida por su parte.

Séptimo. Puesto que actualmente, es bastante difícil que haya una ley que regule, exclusivamente, la guarda y custodia, el legislador debería empezar por modificar el art. 92 CC y demás artículos relacionados con la custodia, como es el caso del art. 96 CC.

ANEXOS

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ OLALLA, P.: “Modificación de medidas y custodia compartida. Comentario a la STS de 20 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5376)”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, num.110/2019. Editorial Civitas, SA
- BELTRÁ CABELLO, C.: “Disolución del matrimonio. Efectos para los hijos. (Comentario a la STS de 10 de diciembre de 2012)”, *CEFLegal: Revista Práctica del Derecho*, núm. 147, abril-2013, p. 11.
- BERCOVITZ, R. (coord.): *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*. Bercal, Madrid, 2007, p. 225.
- CRUZ GALLARDO, B.: *La Guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, Ed. La Ley, Madrid, 2012, p. 41.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil, tomo I*, Editorial Tecnos, 2012, p. 271.
- *FAMILIA: Medidas definitivas adoptadas en sentencia. Patria potestad, guarda y custodia*. Aranzadi, doc. 2022/23
- GARCÍA PASTOR, M.: *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales*, Madrid, 1997, p. 74
- GARCÍA PRESAS, I.: *La Patria Potestad*. Dykinson, S.L., Madrid, 2013, p. 15 y 16.

- HERNANDO RAMOS, S.: “El Informe del Ministerio Fiscal en la Guarda y Custodia Compartida”, *Diario La Ley*, 29 de junio de 2009, Año XXX, n. 7206, Sección Tribuna, Editorial La Ley, p.1.
- PINTO ANDRADE, C.: *La Custodia Compartida*, primera edición, Ed. Bosh, Barcelona, año 2009, p. 43
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: “La guarda y custodia de los hijos”. *Revista de Derecho privado y Constitución*, 2001, n. 15, enero-diciembre, p. 289.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código civil*, coordinado por Lacruz Berdejo, Madrid, 1994, p. 1024
- SÁNCHEZ CALERO, F. J.: *Curso de Derecho Civil IV. Derechos de Familia y Sucesiones*. 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 334
- TAMAYO HAYA. S.: “La custodia compartida como alternativa legal”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 700/2007, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, p. 672
- Vives, I.: “Derecho de Familia: La regulación de la guarda y custodia durante la vigencia del Estado de Alarma”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm.962/2020, Editorial Aranzadi, S.A.U.

PÁGINAS WEB CONSULTADAS

- “Definición de Violencia de Género”. Ministerio de Igualdad, servicios Sociales e Igualdad.
https://www.inmujeres.gob.es/servRecursos/formacion/Pymes/docs/Introduccion/02_Definicion_de_violencia_de_genero.pdf (Consultado el 14 de julio de 2023).

- “Estadística de nulidades, separaciones, y divorcios”. Instituto Nacional de Estadística.
https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=estadistica_C&cid=1254736176798&menu=ultiDatos&idp=1254735573206. (Consultado el 4 de julio de 2023)
- Delegación de Gobierno contra la Violencia de Género. Ministerio de Igualdad,
<https://violenciagenero.igualdad.gob.es/> (Consultado el 14 de julio de 2023).
- Garú, M. (17 de abril de 2020). “Suspenden la custodia compartida a un padre por el riesgo de contagio de Covid-19 para sus hijos”, *Heraldo*.
<https://www.heraldo.es/noticias/aragon/zaragoza/2020/04/17/coronavirus-suspenden-custodia-compartida-padre-riesgo-contagio-hijos-covid19-zaragoza-1370062.html>

RELACIÓN DE SENTENCIAS

Tribunal Supremo

- Auto del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 11 de enero de 2023, auto núm. 581/2023. CENDOJ.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 25 de junio de 1994, sentencia núm. 630/1994. V-LEX
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 9 de julio de 2002, sentencia núm. 720/2002, V-LEX
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 7 de julio de 2011, sentencia núm. 496/2011. V-LEX
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, 29 de abril de 2013, sentencia núm. 257/2013. V-LEX.

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil de 29 de noviembre de 2013, sentencia núm. 757/2013. V-LEX
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 26 de junio de 2015, sentencia núm. 390/2015. V-LEX
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 24 de octubre de 2015, sentencia núm. 593/2014. V-LEX
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 11 de febrero de 2016, sentencia núm. 51/2016. V-LEX
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 11 de febrero de 2016, sentencia núm. 55/2016. V-LEX
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala primera de lo Civil, de 1 de marzo de 2016, sentencia núm. 115/2016. V-LEX.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 6 de abril de 2016, sentencia núm.215/2016. V-LEX
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 21 de diciembre de 2016, sentencia núm. 748/2016. V-LEX
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 17 de febrero de 2017, sentencia núm. 110/2017. V-LEX
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 7 de marzo de 2017, sentencia núm. 157/2017 V-LEX.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 19 de octubre de 2017, sentencia núm. 566/2017. V-LEX.

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 17 de enero de 2018, sentencia núm. 43/2018. CENDOJ
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 30 de octubre de 2018, sentencia núm. 593/2018. V-LEX
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 20 de noviembre de 2018, sentencia núm. 4044/2018. CENDOJ
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 17 de enero de 2019, sentencia núm. 30/2019. V-LEX
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil de 26 de febrero de 2019, sentencia núm. 124/2019 V-LEX
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 28 de enero de 2020, sentencia núm. 58/2020. V-LEX
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 27 de julio de 2021, sentencia núm. 577/2021. CENDOJ
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 27 de octubre de 2021, sentencia núm. 729/2021. CENDOJ.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 28 de marzo de 2022, sentencia núm. 1207/2022. CENDOJ.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 2 de febrero de 2022, sentencia núm. 87/2022. CENDOJ
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 18 de mayo de 2022, sentencia núm. 404/2022 CENDOJ
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 7 de julio de 2022, sentencia núm. 545/2022. V-LEX

- Sentencia del Tribunal Superior, Sala Primera de lo Civil, de 31 de enero de 2023, sentencia núm. 138/2023. V-LEX

Tribunal Constitucional

- Sentencia del Tribunal Constitucional, Sección 1ª, de 17 de octubre de 2012, sentencia núm. 185/2012. Sistema HJ, buscador de jurisprudencia constitucional.

Audiencias Provinciales

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, de 12 de enero de 2007, sentencia núm. 26/2007, recurso núm. 36/2006. V-LEX.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 30 de diciembre de 2016, sentencia núm. 325/2016. V-LEX
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 5 de noviembre de 2015, sentencia núm. 515/2014. CENDOJ
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, del 12 de septiembre de 2019, sentencia núm. 18447/2019. CENDOJ
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila, de 30 de septiembre de 2019, sentencia núm. 413/2019, recurso núm. 415/2019. CENDOJ

Juzgados de Primera Instancia

- Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 7, Santa Cruz de Tenerife, 3 de abril de 2020, auto núm. 87/2020. CENDOJ.

NORMATIVA CONSULTADA

- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Constitución Española de 1978.
- Ley 11/1981 de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.
- Ley 30/1981 de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.
- Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.
- Ley 11/1990 de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
- Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
- Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

- Ley 25/2010 de 25 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia.
- Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, para el que se declara el Estado de Alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.
- Ley 8/2021 de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal en apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.
- Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales.
- Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal.