

La custodia compartida en la jurisprudencia actual dictada por el Tribunal Supremo

Paloma ZABALGO

Abogada experta en Derecho de Familia

Diario La Ley, Nº 9088, Sección Dossier, 24 de Noviembre de 2017, Editorial **Wolters Kluwer**

Normativa comentada
Jurisprudencia comentada
Comentarios

El legislador no ha dado una respuesta a este cambio social, por cuanto la última modificación del Código Civil sobre esta cuestión se remonta al año 2005, al introducir en el art. 92.8 del Código Civil (LA LEY 1/1889) la figura de la custodia compartida, si bien, continúa siendo excepcional en el texto legislativo, aunque en el derecho civil propio de algunas comunidades autónomas sí ha sido regulado (así ocurre en Aragón, Comunidad Valenciana, Cataluña, y Navarra, o País Vasco) donde se le otorga un carácter prioritario al régimen de custodia compartida.

Ante la falta de respuesta del legislador, y la necesidad en los juzgados de otorgar una solución a esta realidad social, el Tribunal Supremo ha suplido la función del legislador al regular cada vez con mayor precisión la figura de la custodia compartida, mediante el dictado de Sentencias desde las que se ha ido determinando cual es el tipo de régimen más adecuado, confiriendo una regulación cada vez más precisa a determinadas medidas como sería la de la atribución del uso del domicilio familiar.

Pero ¿qué es la custodia compartida? Para dar respuesta, lo primero que debemos contestar es qué es la custodia y qué significa, distinguiéndola de la patria potestad. **La custodia desde el punto de vista de los procesos de familia significa el cuidado cotidiano del menor**, la atención diaria de los niños en todos sus aspectos, llevarlos y recogerles del colegio, asistir a las tutorías y realizar el seguimiento escolar necesario, hacer los deberes, acudir a las revisiones médicas, encargarse de su alimentación y vestido, hacerles la comida, la cena, etc.

En definitiva, cuidar y custodiar a los menores en todos aquellos aspectos ordinarios de su vida. Y *la custodia compartida* supone que ambos progenitores asumen por igual la realización de todas las funciones anteriormente indicadas.

La regulación actual de la custodia compartida se efectuó por la Ley 15/2005 de 8 de julio (LA LEY 1125/2005) en el art. 92.8 del Código Civil (LA LEY 1/1889) si bien, el legislador lo configuró como una medida excepcional, como así continúa en la actualidad en el texto legislativo, habiendo sido suprimido por STC 185/2012 (LA LEY 153054/2012) la necesidad de un informe favorable del Ministerio Fiscal.

A pesar de esta configuración legal de «excepcionalidad», la Sala Civil del Tribunal Supremo ha interpretado de forma muy diferente este régimen y no sólo ha eliminado su carácter de excepcionalidad, sino que, tal como se recoge en la sentencia de **29 de abril de 2013 (LA LEY 37196/2013)** dicho régimen debe **«considerarse normal e incluso deseable»**, fórmula mediante la cual se protege el interés de los menores (1) .

Los criterios o requisitos para el establecimiento de la custodia compartida están supeditados al principio de interés del menor

Los *criterios o requisitos* para el establecimiento de la custodia compartida son establecidos también en la sentencia anteriormente citada, enumerando algunos como: la práctica anterior de los progenitores en la relación con los hijos y sus aptitudes personales, los deseos de los menores, el número de hijos, el respeto entre progenitores en sus relaciones personales, etc.

Criterios o requisitos, todos ellos, supeditados al principio de interés del menor, los cuales han ido siendo matizados por en posteriores resoluciones del Tribunal Supremo:

1) En cuanto al *respeto entre los progenitores*: la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de

2013 (LA LEY 190714/2013) interpreta este criterio, estableciendo la necesidad de respeto entre los progenitores, pero una mala relación entre ellos, no puede ser obstáculo para el establecimiento de una custodia compartida, siempre y cuando se preserve el interés de los menores (2) .

Y así se establece igualmente en la STS de 11 de febrero de 2016 (LA LEY 3329/2016), al destacar: «que el hecho de que los progenitores no se encuentren en buena armonía es una consecuencia lógica tras una decisión de ruptura conyugal, pues lo insólito sería una situación de entrañable convivencia. Partiendo de ello, no apreciamos en autos factores que permitan entender que los progenitores no podrán articular medidas adecuadas en favor de sus hijos, sobre los que ya han sabido tomar acuerdos de consumo» (3) .

En el mismo sentido, la STS de 27 de junio de 2016 (LA LEY 79268/2016), al establecer: «(...)la existencia de desencuentros propios de la crisis matrimonial no justifica *per sé* que se desautorice este tipo de régimen de guarda y custodia. Sería preciso que existiese prueba de que los desencuentros afectan de modo relevante a la menor, causándole un perjuicio» (4) .

La jurisprudencia más reciente en este aspecto aparece recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo 17 de febrero de 2017 (LA LEY 4327/2017), que establece una custodia compartida a pesar de que los progenitores se relacionasen únicamente por correo electrónico (5) .

Esta jurisprudencia regula la posibilidad de guarda y custodia compartida en el marco de la ruptura cotidiana de un núcleo familiar. El problema se plantea cuando las malas relaciones exceden de este ámbito de ruptura matrimonial, existiendo denuncias penales entre partes, lo que implica no solo una mala relación, sino cuestiones que pueden afectar gravemente a los menores, como así se ha pronunciado el STS de fecha 26 de mayo de 2016 (LA LEY 52462/2016) al denegar la guarda y custodia compartida al estar el padre incurso en un procedimiento de violencia de género (6) .

2) El *cuidado de los hijos constante matrimonio*, es decir, la implicación de los padres en el cuidado de los hijos constante el matrimonio.

En la práctica, este requisito se materializa en el hecho de que ambos padres estén implicados en las tareas diarias de los menores, tales como acudir a revisiones médicas, a tutorías y actividades escolares. En conclusión, todas aquellas actividades que se encuentran en el día a día de los menores.

3) La *disponibilidad laboral* es un requisito fundamental para el establecimiento de una custodia compartida, contar con apoyos familiares etc.

Este criterio es analizado por la STS de 15 de octubre de 2014 (LA LEY 143850/2014), en la que merece destacarse el siguiente aspecto: «El TS confirma la atribución a la madre de la guarda y custodia de los hijos y declara no haber lugar a que ésta decida sobre el cambio de residencia de los menores. Declara la Sala que no es beneficioso para los hijos establecer un sistema de custodia compartida, ya que la madre se ha dedicado en exclusiva a su cuidado, habiendo dejado de trabajar por ello. La prueba practicada pone de manifiesto la conflictividad de la hija con la familia paterna y su ayuda sería necesaria por la *escasa disponibilidad de tiempo del padre*. No se autoriza a la progenitora a cambiar el actual lugar de residencia de los hijos menores, debiendo protegerse el superior interés de éstos, pues resultaría perjudicial y afectaría a su estado emocional» (7) .

4) La *cercanía de los domicilios*. Es requisito imprescindible que los domicilios de ambos padres estén cercanos entre sí, o bien cercanos al colegio, las distancias superiores a 50 kms, dificultan o impiden la custodia compartida.

Y así lo establece la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, baste citar a modo de ejemplo la STS de fecha 21 de diciembre de 2016 (LA LEY 184721/2016), en la que se expresa de forma taxativa lo siguiente: «resulta así que, aunque concurren 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, ya que ambos progenitores residen en poblaciones que distan entre sí unos cincuenta kilómetros y ello supondría que en semanas alternas la menor habría de recorrer esa considerable distancia para desplazarse al colegio» (8) .

5) La *edad y los deseos manifestados por los menores*. Este criterio aparece estrechamente vinculado con el principio del interés superior del menor que rige todos los procedimientos de familia.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2009 (LA LEY 184099/2009) se establece que el Juez al deliberar qué tipo de guarda y custodia es más conveniente debe tener en cuenta los siguientes aspectos: «a) Proveer, por el medio más idóneo, a las necesidades materiales básicas o vitales del menor (alojamiento, salud, alimentación...), y a las de tipo espiritual adecuadas a su edad y situación: las afectivas, educacionales, evitación de tensiones emocionales y problemas. b) *Se deberá atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento*» (9) .

En cuanto a la edad, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2014 (LA LEY 145489/2014) examinan el tema de la corta edad de los menores, en el sentido de valorar que no desincentiva ni debe ser causa de exclusión del sistema de custodia compartida, pues señala que no hay que ignorar que esa corta edad facilita su capacidad de adaptación a nuevas situaciones como esa alternancia en la guarda y custodia. Pero en cierta ocasión se considera que la edad del menor de 3 años junto a problemas de conciliación y siempre en interés del menor, son causa que justifican la concesión de la custodia materna con el consiguiente rechazo de la compartida (10) .

6) La *aportación de un plan de parentalidad*. Este es un requisito que apareció en 2011 por primera vez en el Código Civil Catalán y que la legislación común ha decidido asumir. Es un documento de parte que debe contener los aspectos esenciales que regirán la guarda y custodia compartida.

El Tribunal Supremo, en auto de día 4 octubre 2017 (LA LEY 137521/2017) se ha pronunciado sobre el plan de parentalidad. Al respecto, se establece lo siguiente: «También esta Sala ha determinado en STS de 17 de febrero de 2016, Rec. 523/2015, entre otras, que: (...)Obligación de los padres es no solo interesar este sistema de guarda, bajo el principio de contradicción, sino concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas que integre con hechos y pruebas los distintos criterios y la ventajas que va a tener para los hijos una vez producida la crisis de la pareja, lo que no tiene que ver únicamente con la permanencia o no de los hijos en un domicilio estable, sino con otros aspectos referidos a la toma de decisiones sobre su educación, salud, educación y cuidado; deberes referentes a la guarda y custodia, periodos de convivencia con cada progenitor; relación y comunicación con ellos y régimen de relaciones con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, algunas de ellas más próximas al cuidado de los hijos que los propios progenitores; todo ello sobre la base debidamente acreditada de lo que con reiteración ha declarado esta Sala sobre la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales(...)» (11) .

7) El *informe psicosocial o exploración del menor*. El informe psicosocial de la unidad familiar es otro requisito o criterio que debe existir para el establecimiento de una custodia compartida. Los hijos mayores de 12 años, así como aquellos menores de esa edad, pero con suficiente madurez, tienen en derecho a ser oídos mediante la prueba denominada de exploración de menores ante el Juez y el Fiscal. Y para los menores de doce años, la valoración se realiza mediante la elaboración de un informe psicosocial, para determinar cuál es el régimen más beneficioso para los mismos.

Esta obligatoriedad de realizar dichas pruebas aparece materializada en la Sentencia la Sala Civil del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2017 (LA LEY 40708/2017) cuando se afirma que «en la sentencia recurrida, como dijimos, se valoró el informe psicosocial y la exploración de los menores para llegar a la conclusión de que lo más favorable para ellos era permanecer con su madre, sin perjuicio de un amplio régimen de visitas, lo que no consta que sea contrario al interés de los menores, máxime si tenemos en cuenta su edad, próxima a la mayoría de edad» (12) .

8) La *solicitud de las partes*. La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2016 resolvió el recurso planteado contra una resolución que concedió la custodia compartida sin que hubiese sido solicitada por

ninguna de las partes y en su fallo el Alto Tribunal destacaba que, de forma textual, «si bien es cierto que, de acuerdo con lo establecido en el art. 91 CC (LA LEY 1/1889), el Juez debe tomar las medidas que considere más convenientes en relación con los hijos, en el sistema del Código civil para acordar la guarda y custodia compartida debe concurrir esta petición» (13) .

La pensión de alimentos y la atribución del uso del domicilio familiar difieren en su forma de establecimiento y cuantificación de la custodia exclusiva

Una vez analizados los requisitos o criterios principales para el establecimiento de una custodia compartida, pasemos a analizar dos de las medidas inherentes a este tipo de custodia, como es la pensión de alimentos y la atribución del uso del domicilio familiar, por cuanto difieren en su forma de establecimiento y cuantificación de la custodia exclusiva, y han sido objeto de interpretación por el Tribunal Supremo, para adecuar dichas medidas al régimen de custodia compartida.

— *La pensión de alimentos:* Hasta finales del año 2015, el TS venía refiriéndose a la pensión de alimentos, en supuestos de guarda y custodia compartida, estableciendo que cada progenitor los satisfará el tiempo que esté con ellos, al tratarse de supuestos en los que no había desproporción en los ingresos, en este sentido destaca la Sentencia del Ilmo. Magistrado Ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas de 14 de octubre de 2015: «A falta de acuerdo, el reparto del tiempo de custodia será semanal y satisfarán directamente los alimentos del menor en su propio domicilio, abonando los gastos ordinarios y extraordinarios al 50%.»

Este sistema fue modificado por la sentencia de 11 de febrero de 2016 (LA LEY 3342/2016), en la que el TS declaró expresamente que la guarda y custodia compartida no eximía del pago de la pensión de alimentos si existía desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges (14) .

Así, en la citada resolución, la Sala confirma que el padre debe pasar una pensión a su ex mujer para la manutención de sus dos hijas menores, ya que la progenitora no percibe ingreso alguno, y además rechaza que esa pensión pueda limitarse temporalmente (como hizo el Juzgado de Primera Instancia que fijó el límite en dos años), «pues los menores no pueden quedar al socaire de que la madre pueda o no encontrar trabajo», más allá de que posteriormente pueda haber modificaciones si existe variación sustancial de las circunstancias (art. 91 del Código Civil (LA LEY 1/1889)).

— *Atribución del uso del domicilio familiar:* La medida relativa al uso y disfrute del domicilio familiar ha sido objeto de numerosas sentencias del Tribunal Supremo, de su Sala Civil, ante la necesidad de dar una respuesta a esta cuestión en particular, ante la problemática surgida en los Juzgados.

Así, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de fecha 24 de octubre de 2014 i (LA LEY 149437/2014) indicó al respecto: «Lo cierto es que el art. 96 (LA LEY 1/1889) establece como criterio prioritario, a falta de acuerdo entre los cónyuges, que el uso de la vivienda familiar corresponde al hijo y al cónyuge en cuya compañía queden, lo que no sucede en el caso de la custodia compartida al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos; supuesto en el que la norma que debe aplicarse analógicamente es la del párrafo segundo que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver "lo procedente". Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención, a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero. *En ambos casos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos, y que no sería posible en el supuesto del párrafo primero de la atribución del uso a los hijos menores de edad como manifestación del principio del interés del menor*, que no puede ser limitado por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC (LA LEY 1/1889) (SSTS 3 de abril (LA LEY 40090/2014) y 16 de junio de 2014 (LA LEY 68745/2014), entre otras) (15) .

Y la Sentencia de 11 de febrero de 2016 (LA LEY 3329/2016), establece al respecto que «acordar la custodia compartida, está estableciendo que la menor ya no residirá habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitará en el domicilio de cada uno de los progenitores, no existiendo ya una residencia

familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a la menor y al padre o madre que con el conviva, pues ya la residencia no es única, por lo que de acuerdo con el art. 96.2 del Código Civil (LA LEY 1/1889), aplicado analógicamente, a la vista de la paridad económica de los progenitores, se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un año, con el fin de facilitar a ella y a la menor (interés más necesitado de protección) la transición a una nueva residencia (STS9 de septiembre de 2015 (LA LEY 119131/2015); rec.545 de 2014), transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales» (16) .

Esta doctrina ha sido reiterada en Sentencias posteriores, como la STS de 17 de noviembre de 2015 (LA LEY 192070/2015), 11 de febrero de 2016 (LA LEY 3329/2016), 14 de marzo de 2017 (LA LEY 12360/2017) entre otras, teniendo especial relevancia la reciente Sentencia por su Sala Civil el 22 de septiembre de 2017 (LA LEY 129952/2017) por la cual mantiene el plazo de dos años establecido en la Sentencia de Primera Instancia, como límite temporal para atribuir el uso de la vivienda familiar a uno solo de los progenitores cuando el sistema de guarda es la custodia compartida, al ser la vivienda familiar propiedad exclusiva del padre (17) .

Es decir, una interpretación cada vez más definida de las medidas a establecer en caso de establecimiento de custodia compartida, permitiendo el TS, en cuanto al uso y disfrute del domicilio familiar, poder limitar la atribución del uso, por aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 96.2 del Código Civil (LA LEY 1/1889).

Por último, y dentro de este panorama jurisprudencial, no queremos dejar de mencionar la **respuesta otorgada por el Tribunal Supremo para aquellas resoluciones judiciales que fueron dictadas con anterioridad a la Sentencia del Tribunal del año 2013 por el que se establecía que la guarda y custodia compartida constituía un régimen normal, y la posibilidad de modificar el régimen de custodia exclusiva en atención a la nueva doctrina dictada.**

La modificación en la interpretación jurisprudencial del régimen de custodia es causa para modificar una sentencia judicial precedente

El Tribunal Supremo ha considerado que la modificación en la interpretación jurisprudencial del régimen de custodia es causa para modificar una sentencia judicial precedente, ante la reforma sobre la materia y la amplia legislación autonómica favorecedora de la custodia compartida, así como el cambio en las circunstancias familiares que hayan operado en el caso concreto, siempre y cuando el procedimiento de modificación de medidas se encuentre enfocado al principio del interés superior del menor.

Y así se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencias del 26 de junio (LA LEY 84348/2015) y 15 de julio de 2015 (LA LEY 99695/2015), y la de 29 de marzo de 2016 (LA LEY 20620/2016), donde se contempla el cambio de circunstancias en el padre al analizar el recurso sobre una sentencia que «no solo desconoce la jurisprudencia de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, sino que más allá de lo que recoge la normativa nacional e internacional sobre el interés del menor, resuelve el caso sin una referencia concreta a este, de siete años de edad, manteniendo la guarda exclusiva de la madre y dejando vacío de contenido el art. 92 CC (LA LEY 1/1889) en tanto en cuanto de los hechos probados se desprende la ausencia de circunstancias negativas que lo impidan, pues ninguna se dice salvo que funciona el sistema de convivencia instaurado en la sentencia de divorcio. Antes al contrario. Al régimen amplio de comunicaciones establecido en la sentencia, se añade un buen nivel de relaciones entre los progenitores (nada en contra dice la sentencia), una comunicación entre padre e hijo extensa, intensa y abundante que actualmente se asemeja a la custodia compartida y unas concretas circunstancias laborales y materiales concurrentes en el recurrente que le permiten afrontar las obligaciones que derivan de dicha convivencia» (18) .

En la actualidad el régimen de custodia compartida se establece con mayor asiduidad por nuestros Juzgados y Tribunales, ante la clara apuesta por el Tribunal Supremo por este tipo de régimen, sin perjuicio que aún a día de hoy, y aun a pesar de una doctrina jurisprudencial cada vez más precisa, sigan existiendo resoluciones judiciales dictadas por el Juzgado de Primera Instancia o por la Audiencias Provincial, que no acogen dicha doctrina, continuando el Tribunal Supremo corrigiendo y pidiendo a los Juzgados y Audiencias que respeten la doctrina jurisprudencial dictada.

(1) Ponente: Excmo. magistrado D. José Antonio Seijas Quintana.

(2) Ponencia del Excmo. magistrado D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

(3) *Idem.*

(4) Ponente: Excmo. Magistrado D. Eduardo Baena Ruiz.

(5) Ponente: Excmo. Magistrado D. Francisco Javier Arroyo Fietas.

(6) *Idem.*

(7) Ponente: Excmo. Magistrado D. José Antonio Calvo Cabello.

(8) Ponente: Excmo. Magistrado Antonio Salas Carceller.

(9) Ponente: Excma. Magistrada Dña. Encarnación Roca Trías.

(10) Ponente: Excmo. Magistrado D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

(11) Ponente: Excmo. Magistrado D. Antonio Salas Carceller.

(12) Ponente: Excmo. Magistrado D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

(13) Ponente: Excmo. Magistrado Eduardo Baena Ruiz.

(14) Ponente: Excmo. Magistrado D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

(15) Ponente: Excmo. Magistrado D. Antonio Seijas Quintana.

(16) Ponente: Excmo. Magistrado D. Francisco J. Arroyo Fiestas.

(17) *Idem.*

(18) Ponente: Excmo. Magistrado D. José Antonio Seijas Quintana.
