

Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2019/2020
Convocatoria: JUNIO

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL RÉGIMEN DE LA GUARDA Y
CUSTODIA

Jurisprudential analysis of the guard and custody regime

Realizado por la alumna: Claudia Inmaculada Pérez Martín
Tutorizado por la Profesora: D. María Elvira Afonso Rodríguez
Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas
Área de conocimiento: Derecho Civil



«En cada niño nace la humanidad».
Jacinto Benavente.



Resumen

El presente trabajo tiene como objeto el análisis jurisprudencial de la guarda y custodia en situaciones de crisis de la convivencia familiar.

En un primer apartado estableceré el análisis jurisprudencial del régimen de guarda y custodia atribuida a uno de los progenitores, también llamada, exclusiva y posteriormente el de la custodia compartida. Es 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, en la que se introduce la institución de la custodia compartida, pues hasta ese momento no estaba prevista legalmente esta figura.

Para llevar a cabo este estudio, procederé a analizar las resoluciones de la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo, así como la llamada “jurisprudencia menor” de las Audiencias Provinciales.

Abstract

This essay has a clear aim the jurisprudential analysis of guard and custody in situations of crisis in familiar cohabitation.

In a first section I will establish the jurisprudential analysis of the custody and custody regime attributed to one of the parents, also called, exclusively and subsequently the shared custody. It is in Law 15/2005, of July 8, that the Civil Code and the Law of Civil Procedure in matters of separation and divorce are modified, in which the institution of shared custody is introduced, because until that moment this figure was not legally provided.

To carry out this study, I will proceed to analyze the resolutions of the jurisprudential doctrine established by the Supreme Court, as well as the so-called "minor jurisprudence" of the Provincial Hearings.



ÍNDICE	Página
I. Introducción	4
II. La guarda y custodia	5
1. Antecedentes legislativos.....	5
2. Concepto. Regulación jurídica en el Derecho positivo español.....	8
3. Modalidades de guarda y custodia.....	12
3.1 La guarda y custodia exclusiva o unilateral.....	12
3.1.1 Criterios jurisprudenciales para la atribución de la guarda y custodia.....	12
3.2 La guarda y custodia compartida, alternada o sucesiva.....	14
3.2.1 La conflictividad entre cónyuges para determinar la guarda y custodia compartida.....	18
4. Problemas que se plantean en su atribución.....	20
4.1 Uso de la vivienda familiar.....	20
4.2 Pensión de alimentos.....	23
4.3 Derecho de visitas.....	26
4.4 Criterio de lejanía para la atribución de la custodia compartida.....	27
4.5 Criterio de no separación de hermanos en la atribución de la custodia....	30
5. Responsabilidad civil de los progenitores por los hechos del hijo.....	32
5.1.1 Culpa in vigilando.....	33
5.1.2 Culpa in educando.....	35
III. Conclusiones	35
IV. Referencias bibliográficas	38



I. INTRODUCCIÓN

La guarda y custodia es un tema de gran relevancia en la actualidad. Con anterioridad al año 2005 y a la reforma establecida en el Código Civil por la Ley 15/2005 de 8 de julio, la guarda y custodia era generalmente exclusiva. Es a partir de este momento en el que se contempla legalmente la llamada custodia compartida, cuya atribución se prevé como medida de protección del interés del menor, y siempre que sea beneficioso para el mismo.

Dada la ausencia de regulación a nivel estatal¹, los Tribunales fueron estableciendo unos criterios para suplir esta falta hasta que se apruebe una Ley de guarda y custodia.

Cuando existen hijos en común provenientes de una relación matrimonial o no, se crea una nueva etapa que deberá estar reglada. Es por ello por lo que se origina este tipo de instituciones y su atribución.

A la hora de la atribución de la guarda y custodia hemos de tener claro, la importancia del principio del favor filii, a través del cual lo que se busca es la protección total del menor en la adopción de cualquier medida que se pueda adoptar contra él.

Aunque a partir de la reforma del Código Civil y los pronunciamientos del TS, los Jueces y Tribunales son más proclives a su implantación, en la práctica no se ha producido un incremento significativo de las resoluciones acordando esta modalidad de guarda y custodia. Así, en 2013, la custodia de los hijos menores fue otorgada a la madre en el 76,2% de los casos; en el 5,5% de los procesos la custodia la obtuvo el padre, y en el 17,9% de los supuestos de separación de ese año la custodia fue compartida². Actualmente

¹ Prevista por el Código Civil Catalán, libro segundo relativo a la persona y a la familia, concretamente el artículo 223-11, donde se establecen “*los criterios para determinar los el régimen y la forma de ejercer la guarda*”.

² GOMEZ MEGÍAS, A. M., “La doctrina del TS sobre guarda y custodia compartida: sentencias clave”, 2016. Consultado en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11036-la-doctrina-del-ts-sobre-guarda-y-custodia-compartida:-sentencias-clave/> . (Fecha de última consulta: 1 de marzo de 2020).



el Instituto Nacional de Estadística establece que las cifras de la custodia compartida se han elevado en siete puntos, en un 66,2% es otorgada la custodia exclusiva a la madre frente a un 28,3% que es compartida³.

Con respecto a la estructura de este trabajo de fin de grado trataré de abordar todas las cuestiones establecidas sobre la guarda y la custodia. Para abordar su tratamiento jurisprudencial, comenzaré en un primer lugar, fijando el concepto relativo a la guarda y custodia, estableciendo sus modalidades y caracteres, los problemas que se suelen plantear a la hora de interponerla, así como la responsabilidad civil de los progenitores por los daños ocasionados por los menores, concretamente, el artículo 1903 del Código Civil.

II. LA GUARDA Y CUSTODIA

1. Antecedentes legislativos

El derecho de los menores, su protección jurídica, ha sido objeto de numerosos Tratados a los que España se ha adherido. En primer lugar, debemos nombrar la Convención de los Derechos del Niño⁴, que fue proclamada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y fue objeto de ratificación en España el 30 de noviembre de 1990⁵. En segundo lugar, hay que citar el Reglamento Comunitario (CE) N°2201/3003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

³ Disponible en <https://www.ine.es/index.htm> (fecha de última consulta: 8 de marzo de 2020).

⁴ Ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, BOE n°313, de 31 de diciembre de 1990.

⁵ Artículo 3.2 de la Convención de los Derechos del Niño: *“Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.*

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.”



A nivel estatal, con anterioridad a la reforma de 1981, el Código Civil empleaba el término cuidado para referirse a esta institución⁶. Así, en su artículo 70 establecía que *“La ejecutoria de nulidad del matrimonio producirá los siguientes efectos: Los hijos mayores de 7 años quedarán al cuidado del padre, y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiese habido buena fe. Si la buena fe hubiese estado de parte de uno solo de los cónyuges quedarán bajo su poder y cuidado los hijos de ambos sexos. Si la mala fe fuere de ambos, el Tribunal resolverá sobre la suerte de los hijos en la forma que dispone el párrafo segundo del número segundo del artículo setenta y tres. Los hijos e hijas menores de 7 años estarán, hasta que cumplan esta edad, al cuidado de la madre. Sin embargo, de lo establecido en estas normas, si el Tribunal que conoció sobre la nulidad del matrimonio hubiese, por motivos especiales, proveído en su sentencia acerca del cuidado de los hijos, deberá estarse en todo caso a lo decretado por él.*

Por análogos motivos, y en lo que no haya dispuesto la sentencia de nulidad, el Juez que haya de ejecutarla podrá también aplicar su criterio discrecional, según las particularidades del caso”.

Es en 1981, cuando el Código Civil comienza a hablar de guarda, conforme a la Ley 11/1981, de 13 de mayo de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

Llegada la democracia y la Constitución de 1978, la Ley de 30/1981 de 7 de julio modificó el Código Civil y concretamente en el artículo 92 detallaba que: *“La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos”.* Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación serán adoptadas en beneficio de ellos, *“tras oírlos si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de 12 años. En la Sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele*

⁶ PINTO ANDRADE, C. “Evolución histórica de los criterios para la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores. Jurisprudencia de Derecho de Familia (1870-2005)”. Recuperado de <https://www.jurisprudenciaderechofamilia.com/2013/05/07/evolucion-historica-de-los-criterios-para-atribucion-de-la-guarda-y-custodia-de-los-hijos-menores-1870-2005/>. (Fecha de última consulta: 25 de enero de 2020).



causa para ello. Podrá acordarse cuando así convenga a los hijos que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro, procurando no separar a los hermanos. El Juez, de oficio o a petición de los interesados, podrá recabar el dictamen de especialistas".

Posteriormente con La Ley 11/1990, de 15 de octubre, de reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo el artículo 159 del Código Civil prescribe que el Juez decidirá siempre en beneficio de los hijos a cuál de los dos progenitores habrá de confiar el cuidado de los menores, por lo que desaparece cualquier preferencia que, por razón de la edad de los hijos, pudiera corresponder a la madre en ese cuidado. En el ATC 438/1990⁷, se razonó que *“con la modificación operada por la Ley 11/1990, el legislador ha eliminado de la redacción del citado precepto (...) la preferencia en favor de la madre del cuidado de los hijos e hijas menores de siete años en caso de separación de los padres y a falta de mutuo acuerdo entre los mismos, preferencia que ha sido suprimida en la nueva redacción que establece la Ley 11/1990, dictada, según su Preámbulo, con el fin de “eliminar las discriminaciones que por razón de sexo aún perduran en la legislación civil y perfeccionar el desarrollo normativo del principio constitucional de igualdad”, consagrado en el art. 14 de la norma fundamental”*. Se puede observar perfectamente la evolución experimentada en esta materia que, inicialmente, refleja una sociedad patriarcal donde se presume que toda madre, por el hecho de serlo, estaba mejor capacitada que el padre para la crianza y cuidado de los hijos, de manera que, salvo que quede probada su concreta ineptitud o incapacidad, se le atribuía la guarda de los hijos menores de 3, 5 o 7 años; presunción claramente inconstitucional y que colocaba a los padres en una situación de desventaja; hoy la norma es neutra y presume que ambos padres están igualmente capacitados y son aptos para la crianza de los hijos, erigiéndose como único criterio legal el principio del

⁷ Auto del Tribunal Constitucional 438/1990 de 18 de diciembre de 1990, sobre cuestión de inconstitucionalidad, acordando la suspensión de la tramitación de la cuestión de inconstitucionalidad 1.226/1989.



interés superior del menor que deberá ser concretado por el juez atendiendo a las circunstancias del caso⁸.

Posteriormente, la guarda y custodia compartida fue introducida por primera vez por la Ley 15/2005, de 8 de julio por la que se modificó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

2. Concepto. Regulación jurídica en el Derecho positivo español.

Para llevar a cabo una correcta delimitación y definición del concepto de guarda y custodia es necesario realizar una comparación con el instituto jurídico de la patria potestad.

La patria potestad como define DIEZ-PICAZO, L. M.⁹ es *“el conjunto de poderes enderezados al cumplimiento de los deberes y de las obligaciones que la ley impone a los progenitores sobre sus hijos menores o en situación de capacidad de obrar limitada por sentencia”* y que queda establecido en el artículo 154 del Código Civil con los siguientes deberes y facultades: 1. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2. Representarlos y administrar sus bienes.”

Por su parte, la guarda y custodia es calificada por GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.¹⁰ como *“aquella potestad que atribuye el derecho de convivir de forma habitual con los hijos menores o incapacitados, bien de forma permanente hasta que recaiga nuevo acuerdo o decisión judicial (atribución unilateral a un progenitor), bien de forma alterna o sucesiva en los periodos prefijados convencional o judicialmente (guarda compartida alternativa) y abarca todas las obligaciones que se originan en la vida diaria y ordinaria de los menores: la alimentación, el cuidado, la atención,*

⁸ PINTO ANDRADE, C.: *op. cit.*, pág. 5.

⁹ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, t. I, 10, Ed. Tecnos, 2012, pág. 271.

¹⁰ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C: “La Custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, número 2/2008, 2008, pág. 4.



educación en valores, formación, vigilancia y, desde luego, la responsabilidad por los hechos ilícitos provocados por los menores interviniendo su culpa o negligencia”.

Lo normal en supuestos de crisis convivencial es que la patria potestad la continúen teniendo ambos progenitores, siendo los responsables legales de los hijos, consensuando conjuntamente las decisiones que afecten a los aspectos más importantes de la vida de los mimos. Mientras que ejercer la guarda y custodia implica convivir con los hijos y tomar decisiones que afectan a su día a día, pero la responsabilidad, así como la obligación legal de velar por su prole, educarla, alimentarla y procurarla un desarrollo integral, es tanto del progenitor custodio¹¹ como del no custodio, aunque este segundo tiene una menor participación¹².

Partiendo de la doctrina establecida anteriormente, en nuestro ordenamiento jurídico no existe un concepto legal sobre la guarda y custodia. En el plano jurisprudencial, no es hasta la sentencia del Tribunal Supremo del 19 de octubre de 1983 que se viene a fijar un concepto al decir que *“se entiende la guarda y custodia como la función de los padres de velar por sus hijos y tenerlos en su compañía, determinando que la misma era parte integradora de la Patria Potestad”*¹³.

Como podemos observar en el ejercicio normal de la convivencia, la patria potestad y la guarda y custodia suelen aparecer conjuntas, sin mostrar separación. En cambio, cuando se produce una ruptura de la convivencia, la patria potestad y la guarda y custodia se separan de igual manera. Normalmente, la patria potestad se va a ejercer de forma conjunta por ambos progenitores, salvo que se dé una causa de privación de la

¹¹ Como concepto de guarda y custodia, se debe indicar la custodia definida por el artículo 2 del Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, *“derechos de custodia, entre otros, los derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y, en especial, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia”*.

¹² CASTILLEJO MANZANARES, R.: *La guarda y custodia de hijos menores. Las crisis matrimoniales y de parejas de hecho*, Ed. La Ley, Madrid, 2007, pág. 321.

¹³ STS (Sala de lo Civil) de 19 de octubre de 1983.



patria potestad, mientras que la guarda y custodia admite más ramificaciones, como veremos posteriormente.

Partiendo de lo establecido en el Código Civil, del contenido del artículo 92 interesa destacar en estas líneas que la guarda y custodia puede ser bien, exclusiva o compartida. Exclusiva, para alguno de los dos padres o compartida. Sobre la custodia compartida, dice el Código Civil que, *“las posibilidades para que el Juez acuerde el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos son dos: primera, que ambos progenitores así lo soliciten en la propuesta de convenio regulador o lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento (art. 92.5); segunda, que faltando el supuesto anterior, excepcionalmente y a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, el Juez considere que sólo atribuyendo la custodia conjunta se protege adecuadamente el interés superior del menor (art. 92.8 Código civil).”* El Tribunal Supremo, en la sentencia de 29 de abril de 2013, señaló que la redacción del artículo 92 *“no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea¹⁴”*. De esta manera el Tribunal Supremo evidencia que la custodia compartida debe ser una institución normal y no excepcional pues es la opción más beneficiosa para los menores.

Posteriormente, en el Anteproyecto de Ley de Corresponsabilidad Parental, la Exposición de Motivos señalaba que *“La introducción de un artículo 92 bis del Código Civil tiene como objeto regular los cambios necesarios para conseguir un sistema legal donde desaparezcan las rigideces y las preferencias por la custodia monoparental», pero «sin establecer la guarda y custodia compartida como preferente o general, debiendo ser el juez en cada caso concreto, y siempre actuando, no en interés de los progenitores, sino en interés de los hijos, quien determine si es mejor un régimen u otro”*. Anteproyecto que

¹⁴ STS (Sala de lo Civil) de 29 de abril de 2013.



no ha visto la luz, y que es necesario para la existencia de un régimen de guarda y custodia compartida. Dada esta ausencia de regulación legal a nivel estatal, los Tribunales han ido definiendo un modelo de custodia vía jurisprudencial, en tanto se apruebe definitivamente una Ley de guarda y custodia compartida. Así como el Tribunal Constitucional ha supuesto un cambio de visión extraordinario hasta el punto de establecer que el sistema de custodia compartida debe considerarse normal y no excepcional, debiendo decidir los Tribunales sobre esta materia con amplias facultades, sin necesidad de estar vinculados al informe favorable del Ministerio Fiscal.

Una vez analizado el 92.5¹⁵ del Código Civil, debemos considerar que la expresión “*se acordará*”, pese a su carácter imperativo, no obliga al Juez a la aprobación de dicho convenio o al acuerdo que lleguen las partes, sino que el Juez deberá observar la existencia del llamado “favor filii”, o el principio de interés superior del menor. En este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009 al razonar que “ [...] *Se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la practica 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 menores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente y, en definitiva cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven*¹⁶”. Con el pronunciamiento

¹⁵ Artículo 92.5 del Código Civil: “*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 Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos*”.

¹⁶ STS (Sala de lo Civil) de 8 de octubre de 2009.



anterior (pronunciamiento que se repite en numerosas sentencias), el Tribunal Supremo ha intentado establecer, -dada la dificultad de concreción- cuáles son los que se deben ponderar para determinar qué es lo más beneficioso para el menor.

3. Modalidades de guarda y custodia

La práctica evidencia que existen diversos supuestos de atribución de la guarda y custodia, pero dado el alcance de este trabajo, me voy a centrar en el estudio jurisprudencial de la atribución de guarda y custodia a los padres del menor, ya sea mediante la guarda y custodia exclusiva o compartida.

3.1 Atribución de la custodia exclusiva o individual

La custodia exclusiva, o individual hace referencia a la atribución referida a uno de los progenitores, en su caso a la madre o al padre, indistintamente, disponiendo en su caso el otro progenitor de un régimen de visitas, estancias o comunicaciones con el menor¹⁷, convirtiéndose así en el llamado progenitor no custodio. El modelo de custodia exclusiva otorgada a la madre ha sido el más utilizado hasta que en 2005 con la Ley 15/2005 se modifican el Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Es a partir de esta modificación cuando se establece legalmente la guarda y custodia compartida.

3.1.1 Criterios jurisprudenciales para la atribución de la guarda y custodia

¹⁷ Artículo 94 del Código Civil: “*El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.*”



Como criterios tasados para la atribución de la guarda y custodia, y dada la inexistencia de una ley que los concrete, debemos estar a lo establecido en numerosas sentencias del Tribunal Supremo, entre la que cabe citar, los establecidos en la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009 que viene a razonar que “ [...] *Se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la practica 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 menores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente y, en definitiva cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven*¹⁸”. De la misma manera se reitera el Tribunal Supremo en la sentencia de 29 de abril de 2013 y en la sentencia de 25 de noviembre de 2011, estableciendo exactamente los mismos criterios que en la ya citada sentencia.

Por lo tanto, una vez analizadas las sentencias, podemos extraer que los criterios fijados por el Tribunal Supremo para la atribución de la guarda y custodia exclusiva son los siguientes:

1. La práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales.
2. Los deseos manifestados por los menores competentes.
3. El número de hijos.

¹⁸ STS (Sala de lo Civil) de 8 de octubre de 2009.



4. El cumplimiento por parte de los menores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar.
5. Los deseos manifestados por los menores competentes.
6. El cumplimiento por parte de los menores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar.
7. Los acuerdos adoptados por los progenitores.
8. La ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros.
9. El resultado de los informes exigidos legalmente y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.

3.2 Atribución de la guarda y custodia compartida, alternada o sucesiva

En relación con el régimen de guarda y custodia compartida podemos decir que en los últimos años ha dado un giro importante. Con anterioridad, tal y como hemos podido comprobar a través de la lectura y análisis de las resoluciones citadas, habitualmente se denegaba esta medida familiar, debido a que se tenía desconfianza, recelo, hacia el régimen de guarda y custodia compartida, estimando que se trataba de una medida que no aportaba nada al bienestar del hijo¹⁹. Como ya adelanté en otro apartado, la custodia compartida queda establecida en el Código Civil con la

¹⁹ ROMERO COLOMA A. M.: “La guarda y custodia compartida y las malas relaciones entre los progenitores”, *Revista de Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, nº53, Madrid, 2011, pág. 144.



modificación realizada en 2005 por la Ley 15/2005²⁰; hasta ese momento el modelo normal y habitual era la exclusiva.

El régimen de atribución de la guarda y custodia compartida puede sistematizarse históricamente en una serie de sentencias. En primer lugar, cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo del 29 de abril de 2013, que añade una importante consideración estableciendo que *“no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea²¹”*.

Por otro lado, de gran importancia es la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2016, en la que el alto tribunal estima que la Audiencia Provincial no sigue el criterio establecido por el Tribunal Supremo al concluir que: *“La sentencia 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 éste, de siete años de edad, manteniendo la guarda exclusiva de la madre y dejando vacío de contenido el artículo 92 CC en tanto en cuanto de los hechos probados se desprende la ausencia de circunstancias negativas que lo impidan²²”*.

Especial consideración merece la sentencia de 15 de julio de 2017, en la que el Tribunal Supremo delimitó los factores o supuestos que llevan a la posibilidad de establecer una custodia compartida indicando que *“pues bien, los hechos que contiene la sentencia conducen a este régimen: (1) Se va a beneficiar el hijo porque ambos*

²⁰ 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. BOE nº163, de 9 de julio de 2005.

²¹ STS (Sala de lo Civil) de 29 abril de 2013.

²²STS (Sala de lo Civil) de 29 de marzo de 2016.



progenitores reúnen condiciones adecuadas y suficientes para el correcto ejercicio de sus responsabilidades parentales; (2) Ambos tienen, también capacidad para atender a su hijo de manera adecuada, según motiva el informe del equipo psicosocial; (3) Sus horarios laborales se acomodan a la mejor atención del menor; (4) El menor tiene una vinculación sólida con su padre y con su madre; (5) No existe por su edad factores negativos para actividades básicas, lo que le permite asumir roles personales en descargo de sus padres (vestido, aseo etc); (6) Ambos progenitores tienen domicilio estable, sin que la alteración suponga para el hijo una alteración sustancial de la estructura social en que se integra, con facilidades para la pernocta como para el estudio; (7) Finalmente coincide el deseo del menor, que es calificado por el equipo psicosocial de maduro a tal fin, con el sistema de custodia compartida²³”. De igual importancia, resaltar el llamado interés del menor²⁴ establecido por el Tribunal Supremo en la sentencia de 13 de julio de 2017, por la cual deniega la custodia compartida. En este caso, el padre solicitaba en un procedimiento de divorcio que la guarda y custodia de su hija, fuese inicialmente otorgada a la madre y compartida una vez que cumpliera los dos años. Tanto el juzgado de primera instancia como la Audiencia Provincial, atribuye a la madre la guarda y custodia en exclusiva sin límite temporal. El padre interpuso recurso de casación contra esta última sentencia. El Tribunal Supremo confirmó dicho pronunciamiento, por entender que la Audiencia Provincial había valorado correctamente el mejor interés de la menor al entender que no existían razones objetivas que permitieran valorar, si lo mejor para la menor era que en un futuro sus padres compartieran la custodia.

Por último y refiriéndonos al régimen de guarda y custodia compartida, hemos de citar el llamado “*informe favorable*” establecido en el artículo 92.8 del Código Civil. Establece este que “*Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado*

²³ STS (Sala de lo Civil) de 15 de julio de 2017.

²⁴ Como referencias legales del interés superior del menor, observamos, el artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección del Menor, artículo 39 de la Constitución Española, artículo 9 de la Convención sobre los derechos del Niño, Carta Europea de los Derechos del Niño, Convención de la Haya, artículos 91,92,93,94,156,158 del Código Civil, así como en numerosas sentencias del Tribunal Supremo.



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” con respecto a que el Juez debe recabar informe del Ministerio Fiscal. Ya no es necesario que tal informe tenga que ser favorable, como el tenor literal del art. 92.8 CC dispone. Como es sabido, la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 2012 ha declarado inconstitucional y nulo el inciso «favorable» del informe del Ministerio Fiscal contenido en el precepto citado. Con anterioridad a esta declaración de inconstitucionalidad y con relación a este requisito, el Juez sólo podía adoptar la decisión de atribuir la custodia compartida en el caso de que la Fiscalía hubiera informado favorablemente. No siendo dicho informe favorable, no podía el Juez acordar tal sistema de custodia. Por ello, entre otras razones, a juicio del Tribunal Constitucional, es en este último supuesto donde quiebra la razonabilidad de la norma: *“Precisamente porque una custodia compartida impuesta judicialmente debe ser excepcional conforme a la normativa vigente o, lo que es igual, porque debe obligarse a los progenitores a ejercerla conjuntamente sólo cuando quede demostrado que es beneficiosa para el menor, de modo que dicha decisión no puede quedar sometida al parecer único del Ministerio Fiscal, impidiéndose al órgano judicial valorar sopesadamente el resto de la prueba practicada”*²⁵. No permitir una decisión judicial que difiera del parecer del Ministerio Público limita injustificadamente la potestad jurisdiccional que el art. 117.3 CE²⁶ concede de forma exclusiva al Poder Judicial. A ello se añade que *“la imposición de ese dictamen obstativo, entra igualmente en contradicción con la regulación procesal y civil de las facultades del juez para la adopción de cuantas medidas considere beneficiosas para el menor”*.

²⁵ STC de 17 de octubre de 2012.

²⁶ Artículo 117. 3 Constitución Española: *“El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.”*



3.2.1 La conflictividad entre cónyuges para determinar la guarda y custodia compartida

En la sentencia de 22 de julio de 2011 el Tribunal Supremo consideró *“que las relaciones entre 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 menor²⁷”*, de esta consideración el Tribunal Supremo nos hace entender que lo que prima en cualquier conflictividad existente entre progenitores es el interés del menor.

Más tarde en la sentencia de 30 de octubre de 2014 consideró que *“no era posible acordar la guarda y custodia compartida porque la situación de conflictividad entre los progenitores la desaconsejaba”*, amparándose en la sentencia de 29 de abril de 2013: *“Esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la de adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo 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 personalidad²⁸”*.

Sin embargo, después de esta sentencia de 2014, el Tribunal Supremo no ha vuelto a tener en cuenta la conflictividad de los cónyuges para la atribución de la custodia compartida. En tal sentido, cabe citar la sentencia de 16 de febrero de 2015 establece que *“considera «razonables» las divergencias entre los padres, lo cual no imposibilita el régimen de guarda y custodia compartida «que es deseable porque fomenta la integración del menor con ambos progenitores, sin desequilibrios, evita el 'sentimiento de pérdida', no cuestiona la idoneidad de los padres, y estima la cooperación de los mismos en beneficio del menor²⁹”*. El Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia

²⁷ STS (Sala de lo Civil) de 22 de julio de 2011.

²⁸ STS (Sala de lo Civil) de 29 abril de 2013.

²⁹ STS (Sala de lo Civil) de 16 de febrero de 2015.



Provincial de Sevilla, que concedió la custodia a la madre al estimar que había un “importante” nivel de conflictividad y tensión en la pareja que permitía inferir que la custodia compartida no sería una solución «sino un semillero de problemas» que iba a intensificar «la judicialización de la vida de los litigantes» e incidir negativamente en la estabilidad del menor, estableciendo que *“para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en dos profesionales como los ahora litigantes (ambos son profesores universitarios)». Y declara 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 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”*³⁰.

Del mismo modo, la Audiencia Provincial de Girona en la sentencia de 16 de enero de 2014, consideró que la conflictividad entre ambos progenitores no era de tal gravedad como para dificultar seriamente el régimen de guarda propuesto, apreciándose que ambos tenían suficiente capacidad y recursos personales para superar los conflictos que pudieran surgir con relación a aquellos aspectos que afectasen a los hijos, estableciendo para la superación de esos conflictos, una serie de atribuciones y criterios para el ejercicio compartido de las funciones habituales relacionadas con los hijos: *“Ningún impedimento debe existir para el establecimiento del nuevo sistema el hecho de que exista conflictividad entre los progenitores, pues en cuanto al tema concreto del ejercicio de la guarda, tal conflictividad ninguna trascendencia tiene. La conflictividad puede dificultar no el ejercicio de la guarda, sino aquellas funciones más habituales y*

³⁰ GOMEZ MEGÍAS, A. M.: “La doctrina del TS sobre guarda y custodia compartida: sentencias clave”. Diario La Ley, Nº 8734, Sección Dossier, 5 de abril de 2016, Ed. La Ley. Consultado en: http://diariolaley.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAkMD SwsDI7Wy1KLizPw8WyMDQzMDEwNDtbz8INQQF2fb0ryU1LTMvNQUkJLMEqX_OSQyoJU27TE nOJUtdSk_PxsFJPi4SakpmSWAI10SSxJtTUwVTUyMTABEiBpAENm0gp-AAAAWKE. (Fecha de última consulta: 8 de marzo de 2020).



comunes relacionadas con el ejercicio de dicha guarda (compra de ropa, gestión de las actividades extraescolares, gestión de las visitas al médico, etc), pues bien, si se prevé que en dichas cuestiones pueden surgir conflictos, no cabe otra solución que distribuirlas entre ellos, y por ello la implantación del plan de parentalidad. Y si en cuestiones más trascendentales también existe conflictividad, también cabe la distribución de funciones de la potestad parental. En todo caso, es cierto que durante el proceso de separación se produjeron diversos conflictos, pero, visto el informe pericial no se aprecia que los mismos sean del tal gravedad como para no establecer una guarda compartida³¹”.

En resumen, la doctrina más reciente el Tribunal Supremo ha considerado que las relaciones entre los cónyuges no influyen (salvo que sean de especial gravedad y perjudiquen el interés del menor) en la atribución de la custodia compartida. Sin embargo, debemos tener claro, que observando las resoluciones bien del Tribunal Supremo, así como de las Audiencias, ha existido un cambio en el concepto de “malas relaciones entre los cónyuges y la posterior atribución de la guarda y custodia” puesto que, en un principio, entre los años 2006 a 2009 se entendía que desde que existiera una mala relación entre los cónyuges no se podía otorgar la guarda y custodia compartida. Es en 2011 cuando el Tribunal Supremo decide unificar la materia y establecer “*que las relaciones entre 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*”, llegando en ocasiones a revocar sentencias dictadas en Audiencias Provinciales que van en contra de su criterio.

4. Problemas que se plantean en la atribución de la guarda y custodia

4.1.1 Uso de la vivienda familiar

³¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 16 de enero de 2014.



El artículo 96 del Código Civil establece que *“en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.”* Como podemos observar este artículo está redactado pensando en la custodia exclusiva o unilateral que hemos nombrado anteriormente, para su atribución a uno de los padres; por lo tanto, tras su lectura comprendemos que la vivienda familiar va a quedar en manos del cónyuge que se quede con los menores. Sin embargo, el artículo añade una premisa para el caso en que los menores queden divididos entre un cónyuge y otro, para el caso añade *“el Juez resolverá lo procedente”*.

En cambio, para el caso de que la custodia sea compartida entre ambos progenitores, dado que el artículo 96 Código Civil está más enfocado para la guarda y custodia exclusiva, nos encontramos ante lo que llamamos un vacío legal, y por ello nos guiaremos por la doctrina del Tribunal Supremo, pues el artículo no establece a quien corresponde en este caso.

Para la atribución de la vivienda familiar en un primer momento, el Tribunal Supremo era partidario de aplicar el artículo 96 del Código Civil literalmente³². Sin embargo, una vez que se estableció la guarda y custodia compartida cambia esta visión, el Tribunal Supremo da un criterio relevante, como ocurre en la sentencia del 24 de octubre de 2014 *“Lo cierto es que el artículo 96 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*

³² Obsérvese en sentencias Tribunal Supremo de 21 de junio de 2011 y sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2002, al considerar que no es posible establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores, mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores que deberá a su vez ser controlado por el juez.



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"”. Por lo tanto, estableciendo que, a falta de un criterio establecido para el uso de la vivienda familiar en la custodia compartida, se va a aplicar “analógicamente” lo establecido en el artículo 96.2³³ del Código Civil. Podemos observarlo en numerosas sentencias recientes, como es el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2017 que establece “se le conceda el uso de la vivienda familiar sine die, por lo que de acuerdo con el art. 96.2 CC, aplicado analógicamente, se fija un plazo de dos años durante el que la madre podrá hacer uso de la vivienda familiar, tras el que deberá abandonarla, salvo pacto entre las partes”.

Sin embargo, la aportación realizada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 24 de octubre de 2014 marcó un antes y después en lo que a la atribución de la familiar se refiere. Considera el Tribunal Supremo que *“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 uso³⁴”*. Por tanto, establece el Tribunal Supremo que tendrá en consideración el interés más necesitado de protección de los menores para un correcto cumplimiento de la custodia y si la vivienda es privativa de cualquiera de los cónyuges.

Otro supuesto que se nos plantea y que en numerosas sentencias observamos, es la atribución del uso de la vivienda familiar de forma alterna, en periodos alternos, cuando

³³ Artículo 96.2 Código Civil: *“Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente”*.

³⁴ STS (Sala de lo Civil) de 24 de octubre de 2014.



cada cónyuge disfruta de la custodia del hijo. Es el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2018, que establece que *“respecto de uso y disfrute de la vivienda, el mismo deberá ser compartida entre los progenitores, si bien atribuyendo el uso de la misma por anualidades alternas, que perdurará hasta que procedan a separar los patrimonios que tienen en común y sin compensación por pérdida del uso. La progenitora que actualmente está en el uso sea la que se mantenga en el mismo durante la primera anualidad³⁵”*. Siempre teniendo en cuenta que esta atribución no será indefinida, como establece la sentencia del 10 de enero de 2018, donde el Tribunal Supremo consideró que *“En caso de atribución de la custodia compartida a ambos progenitores, no procede la atribución indefinida del uso de la vivienda familiar a uno de ellos, si no que tal uso debe ser limitado hasta que se produzca la división de la cosa común y, en todo caso, por un periodo máximo, que en este supuesto se determina en 2 años a partir de la sentencia de casación; momento a partir del cual se llevará a cabo una utilización alternativa por seis meses de dicho domicilio familiar, y así sucesivamente hasta la liquidación del condominio³⁶”*.

4.2 Pensión de alimentos

Es de especial importancia considerar lo establecido en el artículo 142 del Código Civil *“Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.”*

Una vez estudiado jurisprudencialmente el uso de la vivienda familiar, debemos adentrarnos en un supuesto que genera también bastante problemática, como es el caso de la pensión de alimentos. La obligación de prestar alimentos está ligada a la filiación, y

³⁵ STS (Sala de lo Civil) de 20 de febrero de 2018.

³⁶ STS (Sala de lo Civil) de 10 de enero de 2018.



en función de si la guarda y custodia es exclusiva o compartida, se establecerá de una manera u otra.

El Tribunal Supremo vino a decirnos en la sentencia de 1 de marzo de 2001 que *“la obligación de prestar alimentos se basa en el principio de solidaridad familiar y tiene su fundamento constitucional en el artículo 39.1 de la Constitución Española que proclama que los poderes públicos han de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia³⁷”*.

En el caso de que la atribución de la custodia sea exclusiva, se sigue un criterio general, de manera que el progenitor no custodio será quien deba otorgar al menor la pensión de alimentos; se entiende que el progenitor custodio ya asume gastos que se ocasionan diariamente.

En el caso de la pensión de alimentos cuando la custodia sea compartida, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2015 establece que *“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%³⁸”*. Establece ROMERO COLOMA, A.M.³⁹ que *“lo usual, en la práctica, es abrir una cuenta corriente a nombre de ambos progenitores, en la que ambos aportan una cantidad mensual, normalmente fija, la misma todos los meses, añadiendo a ello el pacto de que cada uno de los progenitores se haga cargo de los gastos del hijo en los periodos que pase con cada progenitor. Estimo que es éste un sistema ideal para paliar injusticias, pero difícilmente podrá ser llevado a la práctica entre progenitores -excónyuges- que no mantienen una adecuada relación armónica y cordial, tras la crisis*

³⁷ STS (Sala de lo Civil) de 1 de marzo de 2001.

³⁸ STS (Sala de lo Civil) de 14 de octubre de 2015.

³⁹ ROMERO COLOMA A.M.: “La guarda y custodia compartida y las malas relaciones entre los progenitores”, *Revista de Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, nº53, Madrid, 2011, pág. 150.



de separación o divorcio”. El problema que se plantea es si ambos progenitores tienen desproporciones en sus ingresos y, por lo tanto, ambos van a tener que pagar el cincuenta por ciento. Para ello acudiremos a la sentencia de 11 de febrero de 2016, que establece que *“esta Sala debe declarar que la custodia compartida no exige 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 la cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades del que los recibe, pero también al caudal o medios de quien los da⁴⁰”*. Por lo tanto, es evidente, que como establece el Tribunal Supremo cuando exista desproporción entre los ingresos, la cuantía será proporcional a las necesidades de que las recibe y por supuesto, de quien las da.

Por lo tanto, si uno de los progenitores no puede afrontar la obligación de alimentos por falta de recursos económicos, deberá ser el otro progenitor quien quede obligado a pagar una pensión alimenticia en los períodos de tiempo en que el menor permanezca bajo la custodia de quien carece de recursos⁴¹. Como advierte COSTAS RODAL, L.: *“La aplicación de esta solución, esto es, la de que sea uno de los progenitores quien satisfaga en exclusiva los alimentos de los menores, aunque la custodia sea compartida, exige que el otro se encuentre en una situación de desempleo sin cobrar subsidio o prestación alguna”⁴²*.

En cuanto a la forma de pago de los alimentos, se ha propuesto que será práctico que se establezca una cuenta administrada por ambos progenitores en la que se ingrese la

⁴⁰ STS (Sala de lo Civil) de 11 de febrero de 2016.

⁴¹ PÉREZ CONESA, C.: *La Custodia compartida*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2016, pág. 84.

⁴² COSTAS RODAL, L., “Custodia compartida y prestaciones alimenticias cuando hay desproporción en los ingresos de los progenitores. Comentario a la STS de 11 de febrero de 2016”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº5, 2016, pág. 166.



contribución a los gastos periódicos del menor (colegio, actividades extraescolares) y los gastos extraordinarios⁴³.

4.3 Derecho de visitas

La doctrina científica y la jurisprudencia menor separan la custodia compartida, de la custodia exclusiva o unilateral con un amplio régimen de visita⁴⁴. Entienden que en la práctica es difusa la línea que separa a un régimen de otro, sin embargo, desde el punto de vista jurídico la distancia es notable. Así la custodia exclusiva con amplio régimen de visita únicamente reparte el tiempo de convivencia, mientras la custodia compartida además de repartir el tiempo de convivencia implica a ambos progenitores en la corresponsabilidad parental⁴⁵.

En el caso de que la guarda y custodia sea la exclusiva o unilateral, se va a establecer un régimen de visitas en favor del progenitor no custodio. Este régimen de visitas se va a fijar como un derecho-deber a mantener contacto físico con padres e hijos. Pero otro supuesto se nos plantea en el caso de que la guarda y custodia sea compartida. La Audiencia Provincial de Valencia, en la sentencia de 22 de abril de 1999, establece un régimen de guarda y custodia compartida y regula el ejercicio del derecho de visita para el progenitor que en cada período de tiempo no conviva con el hijo. En cambio, la Audiencia Provincial de Valencia, en la sentencia de 9 de marzo de 2000, no establece un régimen de visita, ya que la custodia compartida señalada en la resolución judicial es

⁴³ ESPARZA OLCINA, C., “Comentarios a las reformas de Derecho de familia de 2005”, en AA.VV. (DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.): *“La guarda compartida”* Madrid, 2006, pág. 210.

⁴⁴ En este sentido se manifiestan varios autores PINTO ANDRADE, C., LATHROP GÓMEZ, F., y diversas resoluciones judiciales (la SAP Asturias Sección 5ª, de 26 de septiembre de 2006 y la SAP Zaragoza Sección 2ª, de 5 de junio de 2007).

⁴⁵ CRUZ GALLARDO, B.: *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, Ed. La Ley, Madrid, 2012, pág.280.



semanal, y por tanto al ser asidua la relación que el hijo mantiene con ellos, estima innecesaria el régimen de visita.

Por último, la Audiencia Provincial de Castellón en la sentencia de 23 de octubre de 2006, establece que el derecho de visitas en la custodia compartida va a depender de la edad del hijo. Entiende esta Audiencia que superados los cuatro años de edad se va a prolongar los periodos asignados para la custodia, pues se entiende que cuando el menor está en una edad muy temprana para su correcto desarrollo debe estar frecuentemente con ambos progenitores.

4.4 Criterio de lejanía para la atribución de la custodia compartida

Resulta de gran interés la observancia de la atribución de la guarda y custodia compartida en la lejanía entre ambos cónyuges, es de remarcar que en sentencias recientes el Tribunal Supremo ha reiterado que no es posible acordar la custodia compartida cuando los padres viven en distintas localidades, pues ello dificulta, entre otras cosas, la asistencia de los menores al centro escolar. En este sentido puede observarse la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2018. La madre solicita la custodia exclusiva para ella, que vive en Jerez de la Frontera, mientras que el padre vive en Rentería. El padre solicita que se acuerde la custodia compartida, a razón de 15 días de permanencia del menor de 2 años, con cada progenitor. El Juez de Primera Instancia de San Sebastián otorga la custodia compartida distribuyendo la estancia con cada progenitor en periodos de 3 semanas, hasta que éste cumpla la edad de escolarización obligatoria. La Audiencia Provincial desestima el recurso interpuesto por la madre. El Tribunal Supremo, reiterando las consideraciones contenidas afirma que constituye doctrina jurisprudencial *“que la distancia no solo dificulta sino que hace inviable la adopción del sistema de custodia compartida, dada la distorsión que ello puede provocar y las alteraciones en el régimen de vida del menor, pues como alega el Ministerio Fiscal procede someter al menor a dos colegios distintos, dos atenciones sanitarias diferentes, y desplazamientos de 1.000 km, cada tres semanas, todo lo cual opera en contra del interés del menor, que precisa de un*



*marco estable de referencia, alejado de una existencia nómada*⁴⁶”. Por ello se casa la sentencia de la Audiencia y se concede la custodia a la madre.

En efecto, en las citadas sentencias, el Tribunal Supremo había ya negado la adecuación del régimen de custodia compartida cuando los cónyuges viven a cierta distancia.

Otro ejemplo es el de la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2016, en la que el padre vivía en Cádiz, y la madre en Granada. Aquél interesó la guarda y custodia compartida que fue denegada por ambas instancias, siendo confirmadas tales resoluciones por el Tribunal Supremo, que mantuvo la guarda y custodia acordada a favor de la madre. En la sentencia de 21 de diciembre de 2016, interesada por el padre la custodia compartida, y solicitada por la madre la atribución a ella de dicha custodia, en ambas instancias se concede a la madre, siendo confirmada la sentencia de apelación por el Tribunal Supremo, al considerar que el interés del menor desaconseja la custodia compartida al vivir ambos progenitores a 50 km uno de otro y estar el menor en edad escolar.

El problema que plantea tal apreciación es el hecho de que la distancia puede ser buscada por uno de los progenitores, para evitar que se acuerde la custodia compartida. La cuestión guarda relación, además, con el problema de la determinación de la guarda y custodia ya atribuida a uno de los progenitores, cuando éste decide cambiar de residencia, por motivos de trabajo o de otro tipo⁴⁷. Sobre esta cuestión podemos considerar la sentencia del Tribunal Supremo del 26 octubre de 2012. Donde el Tribunal Supremo hace una serie de manifestaciones sobre el cambio de domicilio de los menores y quién debe adoptar esta decisión. Considerando *“que la Constitución Española, en su artículo 19, determina el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia, y a salir de España en los términos que la ley establezca. Pero el problema no es este. El problema*

⁴⁶ STS (Sala de lo Civil) de 10 de enero de 2018.

⁴⁷ ESPÍN ALBA, I.: “Custodia compartida y el mejor interés del menor. Criterios de atribución de la custodia compartida en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 2019, pág. 43.



se suscita sobre la procedencia o improcedencia de pasar la menor a residir en otro lugar, lo que puede comportar un cambio radical tanto de su entorno social como parental, con problemas de adaptación. De afectar el cambio de residencia a los intereses de la menor, que deben de ser preferentemente tutelados, podría conllevar, un cambio de la guarda y custodia⁴⁸”.

Una vez rota la convivencia de ambos progenitores, han de ponerse de acuerdo en el lugar en el que residirá el menor, valorando el interés de éste. Estableciendo que *“Estamos, sin duda, ante una de las decisiones más importantes que pueden adoptarse en la vida del menor y de la propia familia, que deberá tener sustento en el acuerdo de los progenitores o en la decisión de uno de ellos consentida expresa o tácitamente por el otro, y solo en defecto de este acuerdo corresponde al juez resolver lo que proceda previa identificación de los bienes y derechos en conflicto a fin de poder calibrar de una forma ponderada la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada, sin condicionarla al propio conflicto que motiva la ruptura”*. Y trae a colación las consideraciones recogidas en sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2014, *“El cambio de residencia afecta a muchas cosas que tienen que ver no solo con el traslado al extranjero, con idioma diferente, como es el caso, sino con los hábitos, escolarización, costumbres, posiblemente de más fácil asimilación cuando se trata de un niño de corta edad, e incluso con los gastos de desplazamiento que conlleva el traslado cuando se produce a un país alejado del entorno del niño por cuanto puede impedir o dificultar los desplazamientos tanto de este como del cónyuge no custodio para cumplimentar los contactos con el niño. Es el interés del menor el que prima en estos casos, de un menor perfectamente individualizado...⁴⁹”*. Lo esencial es el interés del menor. El cambio de residencia de un progenitor, aunque sea el custodio, es determinante del cambio de domicilio del menor, siempre que el cambio redunde en beneficio del menor. También ha de tenerse en cuenta que el cambio de domicilio no sea caprichoso, sino que se deba a una razón objetiva,

⁴⁸ STS (Sala de lo Civil) de 26 de octubre de 2012.

⁴⁹ STS (Sala de lo Civil) de 20 de octubre de 2014.



como, por ejemplo, en el caso de la propia sentencia de 19 octubre de 2017, la obtención de un trabajo por parte de la madre. En definitiva, en esta sentencia, el Tribunal Supremo deniega la custodia compartida que había concedido la AP al considerarla inviable, viviendo ambos progenitores a 500 km, al haberse trasladado la madre por motivos laborales⁵⁰.

4.5 No separación de hermanos

Establece el Código Civil, en el artículo 92.5 que *“El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos”*, por lo tanto, según se establece en el artículo se procurará no separar a los hermanos; sin embargo, haciendo una interpretación de lo que debe considerarse por *“procurar^{51”}*, el legislador no lo establece como una obligación sino como una posibilidad, pues se deberá llevar a cabo siempre que sea posible.

Dado que los adultos son los que promueven el conflicto con el divorcio, se debe evitar que se cree para los menores un perjuicio mayor. El Tribunal Supremo establece en la sentencia de 25 de septiembre de 2015 que *“este tipo de supuestos de admonición de procurar no separar a los hermanos puede excepcionarse si resulta lógica, razonable, no arbitraria y respetuosa con el interés del menor^{52”}*. *“Si bien esa separación no impide que, en un futuro, los hermanos puedan vivir juntos una vez se salven las diferencias o dificultades de interacción actualmente existentes”*, como así establece la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 24 de junio de 2013; por lo tanto, desde este punto de vista, el Tribunal Supremo comprende que el criterio de no separación de hermanos puede excepcionarse si vulnera el interés superior del menor.

⁵⁰ ÁLVAREZ OLALLA, M.: “Última jurisprudencia del TS en materia de Custodia Compartida”, *Revista doctrinal*, núm. 3, 2018, pág. 5.

⁵¹Lo define la Real Academia de la Lengua Española como *“Hacer diligencias o esfuerzos para que suceda lo que se expresa”*.

⁵² STS (Sala de lo Civil) de 25 de septiembre de 2015.



De otra manera, las Audiencias en diversas sentencias han hecho diferentes premisas. La Audiencia Provincial de Murcia indicó que este precepto trata de una recomendación de la convivencia al indicar en la sentencia del 23 de enero de 2013 estableció que, *“sin duda por la importancia que para el desarrollo afectivo e integral de los menores supone la convivencia con hermanos en caso de ruptura de los progenitores; si bien cabe destacar que no se trata de una prescripción ineludible, sino una recomendación sobre la conveniencia como norma general⁵³”*.

En otro lugar, la Audiencia Provincial de Toledo indicó la importancia del favor filii en la sentencia de 25 de noviembre de 2008, estableciendo que *“lo que se procura, en definitiva, como en todos los demás efectos de la separación, divorcio y nulidad respecto a los hijos, es que se defienda y proteja por encima de todo el interés del hijo favor filii, que ha de inspirar tanto la decisión de los progenitores en el convenio regulador como la decisión del juez en la correspondiente sentencia⁵⁴”*.

Otro supuesto lo establece la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 27 de junio de 2003, con la voluntad del mayor de los hijos de cambiar de progenitor custodio, lo que provoca también el cambio para el otro hermano, menor de la señalada edad y que no se ha pronunciado al respecto.

Llegados a este punto queda claro que el principio favor filii o interés superior del menor va a primar sobre el criterio de la no separación de hermanos. Establece la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 30 de junio de 2010 *“que el interés preferente de la medida complementaria de la separación o divorcio es precisamente la salvaguarda de los intereses de los hijos, de manera que si bien este interés general se protege mejor manteniendo la unidad en la custodia, no siempre será así, y cuando se den pruebas de esta negativa, preferible será decidir la custodia separada de unos y otros*

⁵³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 23 de enero de 2013.

⁵⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 25 de noviembre de 2008.



hijos que imponer una custodia conjunta que represente perjuicio para alguno de ellos⁵⁵”.

Por último, la Audiencia Provincial de Segovia en la sentencia 5 de junio de 2012 establece que si se diera el caso de que uno de los hermanos tiene preferencia para vivir con uno o con otro progenitor es posible que se dé la separación de hermanos. Estableciendo, *“que, si se da la circunstancia que uno de los hermanos tiene preferencia para convivir con uno de los progenitores, unido a que los hermanos cuentan con edades, amigos y gustos diferentes, así como un manifiesto entendimiento del hijo con su padre y la familia de este y la hija con la madre, resulta más conveniente la separación de hermanos en pos de su desarrollo personal y emocional⁵⁶”.*

Por lo tanto, si bien el Código Civil establece que *“se debe procurar no separar a los hermanos”*, existe la excepción de que, si no se establece de acuerdo con el interés del menor, estos pueden separarse. Sin perjuicio de que en un futuro puedan volver a vivir juntos.

5. Responsabilidad civil de los progenitores por los hechos del hijo sujeto a guarda y custodia

Para finalizar el trabajo, voy a analizar brevemente la responsabilidad civil de los progenitores por los daños ocasionados por los hijos. Análisis que tiene como punto de partida el artículo 1903 del Código Civil que establece que: *“Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda”*. Precepto que será de aplicación siempre que el hijo sea menor de catorce años, y cuando el hecho no revista caracteres de delito, como establece la Ley Orgánica 5/2000 de responsabilidad penal de los menores: *“Cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea menor de catorce años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley,*

⁵⁵ Sentencia de Audiencia Provincial de Murcia de 30 de junio de 2010.

⁵⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 5 de junio de 2012.



sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes”.

Dada la amplitud de esta materia, únicamente haré referencia de lo relativo a la guarda y custodia de los menores. De la literalidad del citado artículo, resulta que los padres serán responsables civilmente de los menores, siendo así que en caso de que la guarda y custodia sea exclusiva en favor de un progenitor, la responsabilidad va a recaer en el progenitor custodio. Sin embargo, como veremos a continuación el Tribunal Supremo ha matizado este inciso.

Cierto sector de la doctrina y de la jurisprudencia, considera que sobre la base de los artículos 90 y 91 del Código Civil, en caso de separación, nulidad y divorcio, debe responder el progenitor guardador por haber incurrido en culpa in vigilando⁵⁷. En este sentido razona el Tribunal Supremo en la sentencia de 22 de enero de 1991, incluyendo a *“los hijos que se hallen bajo su guarda y vigilancia y que convivan con ellos”*. Así como la sentencia de 11 de octubre de 1990 establece que *“si el hijo se encuentra bajo la vigilancia del progenitor no guardador durante el desarrollo del régimen de estancia, el responsable civil es el que en aquel momento ejercía derecho-función de comunicación”*⁵⁸. De esta manera el Tribunal Supremo realiza una amplia interpretación incluyendo en el concepto de *“bajo su guarda”* que se establece en el 1903 al progenitor no custodio, si en ese momento hubiere estado al cuidado del menor⁵⁹.

La jurisprudencia y la doctrina ha puesto de manifiesto la existencia de dos mecanismos para revestir esta situación.

5.1.1 Culpa in vigilando

⁵⁷ LAPHROP GÓMEZ, F.: *La Custodia Compartida de los hijos*, Ed. La ley, Madrid, 2008, pág. 264.

⁵⁸ STS (Sala de lo Civil) de 11 de octubre de 1990.

⁵⁹ El Código Civil de Cataluña de 1998 lo ha incluido en su artículo 193.3 al establecer que las obligaciones de guarda deben ser ejercidas por el progenitor que en cada momento tenga al menor con él, bien porque tenga asignada de hecho o de derecho la residencia habitual, o bien porque el menor se encuentre en su compañía como consecuencia del régimen de comunicación y de relación que se haya establecido y de relación que se haya establecido”.



Cuando un daño haya sido producido como consecuencia de una omisión del deber de cuidado, o falta de vigilancia nos encontraríamos ante un supuesto de culpa in vigilando. Como ya he referido, el artículo 1903 del Código Civil, establece “*los hijos que se encuentren bajo su guarda*”, y esto nos lleva a realizar una amplia interpretación. Incluye tanto al progenitor custodio en función de la guarda y al progenitor no custodio por el régimen de visita y comunicación, y la función de vigilancia y control. El Tribunal Supremo en la sentencia de 21 de octubre de 2002 responsabiliza a un padre por culpa in vigilando al caerle a su hijo una máquina expendedora de golosinas cuando se colgó del tirador. Otro supuesto de culpa in vigilando se da en los centros escolares; un ejemplo de ello es la sentencia de 4 de junio de 1999 del Tribunal Supremo que establece, “*tratándose de una responsabilidad por culpa in vigilando, las funciones de guarda y custodia sobre aquellos alumnos sólo se transfieren a los profesores o cuidadores del Centro desde el momento de la entrada en el mismo de los alumnos hasta su salida de él finalizada la jornada escolar*”⁶⁰. De esta manera el Tribunal Supremo incluye las funciones de guarda y custodia en los centros escolares.

Desde esta perspectiva, el progenitor no custodio -en aplicación de los artículos de los artículos 90 y 91 del Código Civil- producido el hecho ilícito incurrirá en culpa in vigilando y asumirá su tanto de responsabilidad civil extracontractual. El progenitor no custodio, también responderá por la omisión del deber de velar, a través de la genérica función de vigilancia y control, y de colaboración que asume tras la ruptura matrimonial⁶¹.

El problema que se nos plantea es determinar el criterio indicador de dicho control, pues la sola convivencia no parece ser un elemento suficiente⁶². Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina reciente, a falta de norma que regule esta hipótesis, se plantean dos alternativas: en primer lugar, que cualquiera que sea la situación en que los hijos sujetos a custodia compartida causen el daño, los padres que la ejercen serán

⁶⁰ STS (Sala de lo Civil) de 4 de junio de 1999.

⁶¹ LATHROP GÓMEZ, F.: *Custodia compartida de los hijos*, Ed. La Ley, Madrid, 2008, pág. 327.

⁶² *Idem*, pág. 269.



solidariamente responsables; o bien, que deberá atenderse a la específica situación de convivencia que se desarrollaba, es decir, deberá indemnizar el progenitor que, en ese momento, tenía la “tenencia” del hijo que originó el perjuicio⁶³.

5.1.2 Culpa in educando

Otro supuesto para entablar la culpa ocasionada por el daño de un menor es la llamada culpa in educando. Para la culpa in educando se va a establecer una responsabilidad proporcional en función del tiempo que cada progenitor dedica a la educación del menor, en la medida de respetar la relación de causalidad entre la culpa y el daño causado⁶⁴. La Audiencia Provincial de Barcelona en la sentencia de 23 de marzo de 2006 culpa en este caso a los padres de un menor que agrede a un profesor en una excursión escolar.

III. CONCLUSIONES

El análisis jurisprudencial realizado, me permite sentar las siguientes conclusiones:

PRIMERA. Una vez que se produce una ruptura matrimonial, o de la convivencia, -aparte de aquellos casos en los que procede el divorcio- es necesario acordar el régimen de ejercicio de la patria potestad, así como la fijación del régimen de la guarda y custodia, es decir, la determinación de a qué progenitor le corresponde el cuidado y atención diaria del menor. El estudio realizado me permite concluir que su determinación gravita en torno al principio del interés superior del menor, principio fundamental en la materia. Este favor filii o interés superior del menor entendido como un principio jurídico esencial básico que orienta la actuación judicial y que se resume en la protección integral de los hijos. Se

⁶³ GARCÍA RUBIO, M.P y OTERO CRESPO, M.: “Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm.8, 2006, pág. 103.

⁶⁴ LATHROP GÓMEZ, F.: op cit., pág. 269.



establece como superior a cualquier otro derecho del menor y primará sobre cualquier otro interés legítimo con el que entre en conflicto.

SEGUNDA. En un primer momento, el régimen general de atribución de la guarda y custodia en las resoluciones judiciales era el exclusivo o monoparental, y más en concreto en favor de la madre, asumiendo el padre la condición de progenitor no custodio, y deudor de una pensión alimenticia en favor de los hijos, por más que dicha obligación competa a ambos progenitores. Sin embargo, a partir del 2005 la jurisprudencia - consciente de los prejuicios que la ruptura de la convivencia genera para los menores- se ha decantado por la atribución conjunta como una forma de aminorar aquéllos y tutelar más adecuadamente el interés de los menores.

TERCERA. Otro aspecto con una especial importancia en el trabajo es la llamada conflictividad entre los progenitores para la atribución de la guarda y custodia compartida. Visto que el Alto Tribunal en numerosas sentencias remarca el interés superior del menor, lo podemos volver a observar en este aspecto. Normalmente, -después de un divorcio- la relación entre los ex cónyuges no suele ser buena. Es por esto por lo que el Tribunal no considera relevantes las malas relaciones entre los progenitores para otorgar la custodia compartida, pues de ser así no se atribuiría en numerosas ocasiones. Sin embargo, existe un límite y este es cuando la conflictividad perjudique al desarrollo del menor.

CUARTA. La realización del trabajo también me ha llevado a concluir que la atribución de la guarda y custodia compartida es la mejor medida que protege el interés del menor, pues permite que el menor crezca y alcance el desarrollo integral de la personalidad con ambos progenitores. Es por este supuesto por el que el Tribunal Supremo lo considera como una medida *“deseable y no excepcional”*.

Sin embargo, pese a que considero que la custodia compartida es una de las mejores opciones para el menor; tengo que admitir que hay determinadas ocasiones en las que opto por la atribución exclusiva. Y es el caso de la atribución de la custodia compartida cuando los progenitores están en contra a la misma. Es cierto que cuando se otorga la custodia compartida, bajo mi punto de vista, a ambos progenitores se les otorga



una responsabilidad que deberán salvaguardar de la mejor manera posible. Sin embargo, cuando uno de los progenitores no está de acuerdo o ambos, ésta no se ejercerá de manera adecuada, circunstancia que repercutirá en la vida del menor.

QUINTA. La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por los menores, concretamente el artículo 1903 del Código Civil, es un aspecto delicado del que -bajo mi punto de vista- no queda claro legalmente. Como hemos podido observar en el caso de que la guarda y custodia sea exclusiva en favor del padre o de la madre, a primera vista el responsable será quien ostente la guarda y la custodia del menor, pues el artículo únicamente añade el inciso “*bajo su guarda*”. Ha sido el Tribunal Supremo quien ha hecho una amplia interpretación de los sujetos que puede comprender el artículo. Para ello dejando claro en numerosas ocasiones que no solo será el progenitor custodio el responsable del menor, puede darse la llamada culpa in vigilando o educando como explicado anteriormente y ser responsable, por lo tanto, el progenitor no custodio.

SEXTA. Por último, aludo a la falta de normativa específica relativa a la guarda y custodia y concretamente a la falta de criterios legales para su atribución que es otro de los aspectos a remarcar. Dado que en la mayoría de casos después de una ruptura matrimonial lo más adecuado para el menor es que la modalidad de atribución de la custodia sea la compartida, desde mi punto de vista, no termina de serlo. Si se tuviera en cuenta esta premisa, se hubieran establecido unos criterios legales para su atribución desde hace bastante tiempo y hoy en día no existe una normativa específica para ello, teniendo en muchas ocasiones que hacer uso de la jurisprudencia -como sí se ha hecho en la mayoría de derechos forales-. La casuística que puede existir respecto al régimen de guarda y custodia es numerosa, por lo que considero que debe existir como mínimo unos criterios legales para su atribución.

Para finalizar, debo añadir que la guarda y custodia es un tema muy extenso, y por lo tanto en el trabajo he tenido que reducir para tratar las cuestiones que he considerado más esenciales. La guarda y la custodia puede ser atribuida, como me he referido anteriormente, tanto a los progenitores, abuelos, y otros parientes, como refiere el artículo



103 del Código Civil, sin embargo, dada su extensión me he ceñido únicamente a la otorgada a los progenitores.

IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ÁLVAREZ OLALLA, M.: “Última jurisprudencia del TS en materia de Custodia Compartida”, *Revista doctrinal*, núm. 3, 2018.
2. CASTILLEJO MANZANARES, R.: *La guarda y custodia de hijos menores. Las crisis matrimoniales y de parejas de hecho*, Ed. La Ley, Madrid, 2007.
3. COSTAS RODAL, L., “Custodia compartida y prestaciones alimenticias cuando hay desproporción en los ingresos de los progenitores. Comentario a la STS de 11 de febrero de 2016”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº5, 2016.
4. CRUZ GALLARDO, B.: *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, Ed. La Ley, Madrid, 2012.
5. DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, t. I, 10, Ed. Tecnos, 2012.
6. ESPARZA OLCINA, C., “Comentarios a las reformas de Derecho de familia de 2005”, en AA.VV. (DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.): *“La guarda compartida”* Madrid, 2006.
7. ESPÍN ALBA, I.: “Custodia compartida y el mejor interés del menor. Criterios de atribución de la custodia compartida en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 2019.
8. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C, “La Custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial”, Indret, *Revista para el análisis del Derecho*, número 2/2008, 2008.
9. LAPTHROP GÓMEZ, F.: *La Custodia Compartida de los hijos*, Ed. La ley, Madrid, 2008.
10. PÉREZ CONESA, C.: *La Custodia compartida*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2016.
11. ROMERO COLOMA A. M.: “La guarda y custodia compartida y las malas relaciones entre los progenitores”, *Revista de Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, nº53, Madrid, 2011.

