

Grado en: Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso / 19-20
Convocatoria: Julio

ANÁLISIS DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

ANALYSIS OF THE JOINT CUSTODY

Realizado por el alumno D. Aitor García Reyes

Tutorizado por el Profesor D. Jagdish Kumar Chulani Raymond

Departamento: Derecho Civil

Área de conocimiento: Derecho civil



RESUMEN

La guarda y custodia compartida es una institución novedosa, con la cual se busca ayudar a los menores en su desarrollo, pues si se aplica de la manera correcta supone un gran beneficio para el menor ya que de esta manera podría relacionarse libremente con ambos progenitores.

Es de suma importancia, sobre todo en la sociedad actual en la que nos encontramos, pues hay numerosos divorcios anuales, los cuales suelen acabar en procedimientos complicados donde se impone una resolución a uno de los progenitores, conllevando cargas, pocas visitas y poco contacto con los menores. Pudiendo otorgarse una guarda y custodia compartida facilitando en parte el procedimiento a los menores y los progenitores.

En este trabajo se ha hecho un análisis desde diferentes puntos de vista de lo que implica la guarda y custodia compartida, tanto desde el punto jurisprudencial y de cómo ha evolucionado este concepto, como de las obligaciones que conlleva el ejercicio de la guarda y custodia compartida para los custodios, así como los diferentes criterios aplicados por los tribunales para otorgar dicha custodia compartida.

ABSTRACT

Joint custody is an innovative new institution which seeks to help children in their development through their childhood years. If enforced in the correct way, this will greater benefit the child to enable them to interact freely with both progenitors.

It is of Paramount as divorce's are forever on the rise in today's society, resulting in one parent being absent from the child's childhood years, leading to fewer visits, and less contact with the minor. The process in awarding joint custody can become simple to both parents and their child.

This paper analysis's the different ponit of views that involves joint custody; the obligations laid down the exercising of joint custody for the guardians, the different standars applied by the tribunal to grant the joint custody, and the jurisprudential side and how this concept has evolved.



Índice

1. Introducción.....	3
2. Concepto de custodia compartida.....	6
3. Marco jurídico y evolución.....	14
4. Obligaciones de la guarda y custodia compartida.....	24
5. Requisitos de atribución de la guarda y custodia compartida.....	30
6. Conclusiones.....	35
7. Bibliografía.....	39



1. Introducción

Desde que el divorcio fue legalizado y regulado en el año 1981 muchas parejas han decidido divorciarse, esto se debe a que los elementos que interfieren en una relación son mucho más complicados que la mera relación jurídica entre las partes, incluso va más allá de elementos económicos, ya que afectan a los sentimientos entre las partes, incluso las relaciones de una de las partes con la familia del cónyuge.

Bien es conocido que en derecho todos los supuestos normativos deben observarse caso por caso, pero en un tema tan delicado y comprometido como es el supuesto de la guarda y custodia debe atenderse aún más a los pequeños detalles que pueden ser vitales a la hora de tomar la decisión de si se aplica el sistema de custodia compartida, custodia monoparental o alguna otra figura distinta, ya que en este tipo de supuestos, aunque haya jurisprudencia sobre dos casos similares, siempre puede haber un mínimo elemento distintivo que pueda ayudar al juez o magistrado en la toma de la decisión como puede ser la afinidad especial entre un progenitor y su hijo, cercanía a la hora de realizar actividades extraescolares, o incluso la posibilidad de visitar a otros familiares, por ello es muy difícil imaginar dos supuestos iguales, ya que alrededor del interés superior del menor pueden interpretarse diferentes elementos, dependiendo de lo que el menor necesite.

La guardia y custodia es uno de esos casos especiales del derecho donde se congregan varios elementos que deben ser valorados. Es cierto que el bien primordial es el interés del menor, aunque también hay que valorar las preferencias que estos tengan, tampoco se pueden desatender las necesidades de los padres, ya sea por el cuidado que estos le hayan dado a los menores desde su nacimiento, así como el vínculo paterno filial que hayan podido crear y mantener, bien las capacidades económicas de los progenitores, las relaciones que pueda mantener el menor con el resto de la familia. Incluso sus



amigos hasta el momento son un factor clave para decidir sobre un tema tan complejo, ya que en una situación tan grave como la que puede ser un divorcio para un menor, se podría ver acentuado si además se ve forzado a cambiar de colegio, actividades y amistades.

A lo largo de este trabajo iremos observando el desarrollo que han tenido los tribunales sobre este tema, así como la evolución que ha ido sufriendo este concepto en su regulación e interpretación.

Además durante este mismo desarrollo del tema se apreciarán diferentes problemas que existen o que pudieran existir sobre la guardia y custodia, intentando también aportar diferentes soluciones a los diversos problemas.

Desde que se instauró la custodia compartida se ha intentado fomentar su aplicación y que se aplique como regla general, el problema como todo lo relacionado con este tema, es la cantidad de elementos que están relacionados directa o indirectamente, pues si bien una parte solicita custodia compartida puede ser únicamente por un tema económico dejando de lado el interés del menor y centrándose únicamente en el beneficio propio del progenitor.

Por lo tanto, no funcionaria, por lo que es fundamental que los que fueran pareja tengan una relación real entre ellos, y que esa relación no sea mala, ya que en un tema tan delicado como el desarrollo del menor, pueden surgir gran número de imprevistos, como pudieran ser las actividades de los fines de semana o visitar a los abuelos, pequeñas cosas que pueden hacer variar la custodia compartida, cosa que si no hay relación entre los progenitores no se pudiera dar, ya que ambos deberán ceder en algún momento de acuerdo al interés del menor.



El motivo por el cual hemos decidido investigar sobre este tema es la controversia que genera esta figura jurídica, pues hace cierto tiempo las mujeres han ido reclamando sus derechos legítimos formando una revolución y concienciación social, hasta el punto de que en este año el día de la mujer se llegó a realizar una huelga a nivel nacional, por lo tanto, esta es una de las pocas veces en que el derecho actúa casi en sincronía con la sociedad, pues en la medida que las mujeres exigen igualdad y una progresión social, el legislador creó la custodia compartida con la finalidad de que ambos progenitores se hagan responsables de sus descendientes, pidiendo una igualdad de responsabilidades a ambas partes sobre la custodia del menor.

Pero la elección de este tema no es únicamente por la controversia generada desde el ámbito social, ya que se ha dicho con anterioridad que a esta figura le afectan múltiples factores externos, ya se sabe que lo principal es el interés del menor, que a veces no es lo mismo que las pretensiones de los progenitores, también el factor emocional, y obviamente las circunstancias económicas, así como las relaciones que puede mantener el menor con su vida hasta el momento. Por lo que ponerse a analizar cada uno de estos puntos y estos ámbitos es una tarea complicada, pero interesante que puede ayudar a comprender cuál era la intención del legislador a la hora de crear dicha figura, así como la interpretación jurisprudencial sobre la misma.



2. Concepto de custodia compartida

Para poder hablar y desarrollar el concepto de guarda y custodia, primero debemos remontarnos al derecho romano, ya que Ulpiano fue el primero en dar una noción de familia, definiéndola como ``un conjunto de personas que por derecho o por naturaleza están sujetas bajo la potestad de uno solo, quedando bajo la potestad de un mismo pater-familias´´. A este sujeto conocido como pater-familias se le concedían una serie de potestades, entre las que estaban el llamado poder de vida y muerte, de tal manera que podía decidir si los hijos recién nacidos debían ser criados o expuestos. Además de tener ciertas obligaciones como la de instruir o sancionar los actos realizados contra la familia.¹

Es lógico comentar que el concepto actual de patria potestad, proviene de lo que en Roma originalmente fue el pater-familias, no solo porque parte del concepto jurídico coincide, sino además porque tienen potestades y obligaciones similares, obviamente adaptadas a la época en la que vivimos, como es la de instruir a los pertenecientes a la familia.

Si bien es cierto que el Código Civil no define la patria potestad, si es cierto que el artículo 154 nos da una definición aproximada al término, ya que explica que es una responsabilidad parental que debe ejercerse siempre en nombre de los hijos, comprendiendo una serie de deberes y facultades recogidos en este mismo artículo.

Lo cierto es que la definición de este concepto la obtenemos mediante la doctrina y la jurisprudencia, pues Lasarte la define como: *“el conjunto de deberes atribuciones y derechos que los progenitores ostentan respecto de los hijos que, por ser menores de*

¹ GUTIÉRREZ CÁNDIDA, La institución de la familia en Roma, CATALÁ RUBIO, S. *Evolución del derecho de familia en occidente*. Ed. Universidad de Castilla la Mancha. Cuenca, 2006. Pág. 14- 19.



edad, se encuentran de forma natural bajo la guarda, protección y custodia de los padres”². El mismo TS ha declarado en varias ocasiones que la patria potestad es: “la función que incumbe a los progenitores con relación a sus hijos menores de edad, con independencia de si existe matrimonio o no entre ellos”³.

Una vez se ha comentado lo que implica la patria potestad debemos hablar del concepto de guarda y custodia, ya que nuestro Código Civil regula separadamente los conceptos de patria potestad y de los diferentes modelos de guarda y custodia. Es cierto que en casos en los que los padres conviven los sujetos que ostentan la patria potestad y la guarda y la custodia coinciden pues ambos son los que combinan estos ejercicios, pero en los casos de separación ya sea matrimonial o de hecho estos sujetos ya no coinciden⁴.

El concepto de guarda y custodia tampoco viene definido como tal en el Código Civil, pues este concepto se deriva de artículos relacionados como son los artículos 90 y 92 del Código.

En primer lugar el artículo 90 expone un concepto general determinando como guarda y custodia “*el cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad*”. El artículo 92 no solo no define el concepto de guarda y custodia, sino que además realiza una enumeración de criterios para aplicar o no la figura de la guarda y custodia compartida. Por lo que

² LASARTE, C. Derecho de familia principios derecho civil VI. MARCIAL PONS, 17ª Edición, Madrid 2018, Página 346.

³ Fundamento Cuarto de la Sentencia del Tribunal Supremo 5661/1996 del 18 de octubre de 1996.

⁴ *Noticias jurídicas* (en línea). El régimen de guarda y custodia en España. Derecho común y Comunidades Autónomas con Derecho civil propio. BAYARRÍ MARTÍ M.L. Consultado en fecha: 22/01/2019 en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4927-el-regimen-de-guarda-y-custodia-en-espana-derecho-comun-y-comunidades-autonomas-con-derecho-civil-propio/> .



tenemos una enumeración de criterios de aplicación de la guarda y custodia, pero no una norma que se encargue de definirla de manera expresa.

Por este motivo diferentes autores han realizado sus propios conceptos sobre la guarda y la custodia como Zarraluqui Sanchez-Eznarriaga, el cual defiende que la custodia versa sobre las decisiones cotidianas de menor importancia sobre la salud, la educación la disciplina y el orden diario sobre la vida del menor ⁵.

Guilarte Martin-Calero por su parte sostiene que la custodia es *“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, educación en valores, formación, vigilancia y, desde luego, la responsabilidad por los hechos ilícitos provocados por los menores interviniendo su culpa o negligencia”*⁶

Por lo que podemos diferenciar la patria potestad de la guarda y custodia, porque el primero es el deber que tienen los padres o tutores de velar por los intereses de los menores, mientras que la guarda y custodia es el ejercicio de la patria potestad.

Ya sentadas las bases sobre la guarda y custodia veremos los diferentes tipos de esta, pues el artículo 92 ya hace una pequeña enumeración dónde se dejan ver algunas diferencias.

⁵ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial consideración de la custodia de los hijos, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 39-40.

⁶ GUILARTE MARTÍN – CALERO , C. , “La custodia compartida alternativa: un estudio doctrinal y jurisprudencial”, InDret, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, número 2, 2008. Consultado en fecha: 22/01/2019 en http://www.indret.com/pdf/537_es.pdf .



Dentro del apartado 4 de este mismo artículo se reconoce la posibilidad de que la guarda y custodia sea ejercida únicamente por uno de los cónyuges, ya sea de manera total o parcial. Por lo que dentro de este artículo ya hay una diferenciación interna entre la guarda y custodia ejercida de manera monoparental, pues puede ser total o parcial.

Este es un método por el cual únicamente uno de los cónyuges realiza las tareas de guarda y custodia y como dice Diez-Picazo: *“Las razones que llevaron a los conyuges o convivientes a la separación o el divorcio no son tenidas en cuenta a la hora de adoptar esta medida, ya que no tienen ninguna trascendencia para los hijos. En cambio, si las tendrán, todas las circunstancias que los rodean, como la actividad laboral, las adicciones o toxicomanías”*⁷.

El artículo 303 del Código reconoce otro tipo de guarda, la de hecho, este tipo de guarda suele ser realizada por un tercero que carece de título de patria potestad, tutela o curatela. Este supuesto se da cuando los sujetos que si ostentan ese título no lo ejercen, por lo que el tercero cumple con las potestades que derivan de este título aunque carezca de este.⁸

El apartado 172 bis.1 reconoce la guarda administrativa, esta se da cuando los padres por circunstancias graves acreditadas no puedan cuidar del menor, las entidades públicas se encargaran de realizar la guarda de este. Dentro de este tipo de guarda se

⁷ FERNANDEZ GIL VEGA, I. efectos comunes a los procesos de separación, divorcio y nulidad. En DIEZ-PICAZO G.: Derecho de familia, Thomson Reuters, Civitas, 1ª Edición, Pamplona 2012. Páginas 1371-1372.

⁸ DE PABLO CONTRERAS, P. y PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. la tutela, la curatela y la guarda de los menores e incapacitados. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. Derecho de familia, Colex, 5ª Edición, Madrid 2016. Páginas: 425-427.



reconoce otra diferenciación, pues esta guarda puede iniciarse mediante solicitud de los padres o mediante resolución judicial.

Una vez enumerados los diferentes tipos de guardas recogidos en el Código Civil hablaremos extensamente sobre el tipo de guarda y custodia sobre el que se centra este trabajo, recogido en el apartado 5 del artículo 92. En el que se reconoce la posibilidad de que la guarda y custodia sea conjunta por ambos progenitores.

La guarda y custodia compartida según Esparza Olcina es un concepto que: *“supone una igualación de los períodos de estancia de los menores con cada cónyuge, de modo que es un sistema dónde no se puede hablar de progenitor custodio”*.⁹

Dentro de la definición ofrecida por Esparza Olcina se entiende que en la guarda y custodia compartida el tiempo de reparto de responsabilidades es igual entre las partes, algo que al no estar regulado en el Código Civil, un juez podría no considerar atribuyendo un reparto desigual del tiempo aun siendo custodia compartida.

Lo cierto es que la jurisprudencia reconoce cierta dificultad al aplicar la guarda y custodia compartida, debido a su escasa regulación así dice, la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife: *“la custodia compartida es el hecho de que no disponemos en este momento de un plan de custodia regulado en el que se establezcan con claridad las circunstancias y condiciones de una custodia compartida”*¹⁰.

Por otra parte, si se tuviera que hacer una enumeración de los tipos de guarda y custodia compartida podríamos identificar a dos tipos diferentes:

⁹ ESPARZA OLCINA, C. La guarda compartida. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. Comentarios a las reformas de derecho de familia de 2005. Thomson, Aranzadi. Navarra, 2005. Páginas: 199-201.

¹⁰ Fundamento Tercero Sentencia Audiencia Provincial Santa Cruz de Tenerife SAP TF 1452/2018 25 de septiembre de 2018.



La guarda y custodia en la cual los hijos no tuvieran que desplazarse de su domicilio, sino que vivirían de manera constante ahí, mientras que los padres serían los que rotaran. Este sistema es el considerado el ideal, pues el Código Civil deja claro en los casos de divorcio y de guarda y custodia monoparental que el progenitor que mantiene la guarda y custodia es el que habita en el domicilio general (salvo que no se quiera), pero esto se hace por el interés supremo del menor, ya que puede ser perjudicial para este el perder su vivienda habitual y sustituirla por otra. En el caso de la guarda y custodia compartida no es diferente, sigue primando el interés superior del menor y el que ostenta la guarda y custodia, debería quedarse en el domicilio junto al o los menores. El problema es lógico, aquí ambos poseen la guarda y custodia, por lo tanto en este tipo de guarda los menores vivirían siempre en su domicilio habitual y serían los padres los que rotasen, esto exige que los progenitores posean un mínimo de dos viviendas en los que puedan alternar, el tiempo que tengan asignada la custodia, con el tiempo en el que no la tengan, y por lo tanto no puedan vivir en su domicilio habitual.

Este tipo de guarda y custodia se podría considerar el ideal, pues realmente es el que se cumple con el interés superior del menor evitando desplazamientos.

Pero lo cierto es que este tipo de guarda es bastante complicado de conseguir, pues los padres deben estar de acuerdo y que exista bastante afinidad, sin olvidarse del problema de las múltiples viviendas, pues si un custodio en su tiempo asignado reside en la vivienda del menor, el otro debe residir en otra vivienda aparte, y que esa vivienda sea utilizada por ambos custodios, o en un caso menos complejo, que residan con los menores y que cada uno posea una casa propia donde residir cuando no sea su tiempo asignado con el menor, dejando claro que los custodios deberían tener varias viviendas, lo que en la situación actual en España es del todo inviable.



Por lo que se podría reconocer otro tipo de guarda y custodia compartida como la real, la que se practica a diario en las familias españolas, en la cual un custodio reside a tiempo completo en la vivienda donde se desarrollaba la actividad familiar, y otro busca un nuevo domicilio donde residir, se realiza un reparto de tiempo entre ambos progenitores, y son los menores los que cambian de domicilio según el tiempo asignado a sus custodios.

Este a pesar de ser el más practicado, no es el recomendado por los psicólogos, pues esto implica cambios drásticos de rutina para los menores, así como un posible distanciamiento de su vida habitual, cambiando rutinas o su proximidad con la escuela o amigos.

En este punto es importante hablar de que la custodia compartida es un elemento clave para el desarrollo del menor y que se haga de una manera correcta dónde el menor pueda desarrollar su personalidad, así como una relación paterno-filial con ambos progenitores, en un ámbito donde los progenitores se respeten o incluso existan buenas relaciones puede evitar otro tipo de conflictos como puede ser la alienación parental hace falta hacer decir que concepto que no tiene un origen jurídico, sino que ha sido desarrollado como concepto psicológico.

Este concepto está relacionado con el llamado conflicto de lealtades, este concepto se hace presente a la hora de una disputa entre los padres, pues a los hijos les surge un conflicto, el deber de asumir la lealtad de uno de los progenitores, con la intención de evitar sentir inseguridad o abandono, provocando esto un sentimiento de traición hacia la otra parte.



En relación con este concepto surge el ya comentado síndrome de alienación parental, que implica que el hijo, siente un rechazo total e injustificado hacia uno de sus progenitores, achacándole todos los problemas existentes en el vínculo familiar, esto surge cuando en una pareja con hijos empiezan a desarrollarse conflictos que llegan a ser incluso legales, como puede ser una crisis matrimonial o de pareja y uno de los progenitores utiliza esta situación para programar al menor, convirtiendo así al otro progenitor en la diana de ese odio injustificado, se pueden determinar diferentes tipos de SAP (Síndrome de Alienación Parental) pudiendo ser una alienación ligera, moderada o severa.¹¹

¹¹ BOLAÑOS, I.: `` Síndrome de alienación parental. Descripción y abordajes psico-legales´´. Psicopatología Clínica, Legal y forense. Vol. 2, Núm. 3, 2002. Págs. 25-45.



3. Marco jurídico y evolución

La primera norma de nuestro ordenamiento jurídico que habla sobre las crisis matrimoniales y la regulación de estos tras nulidad separación o divorcio es la ley 30/1981, de 7 de julio dejando bien claro que sus efectos se extendían a todo matrimonio cualquiera que fuese la forma de celebración: civil o religiosa y el tiempo en que esta tuvo lugar.¹²

Dentro de esta ley no estaba contemplada la posibilidad de la custodia compartida, sino únicamente la monoparental o exclusiva de un progenitor.

Esta norma preveía una serie de pasos que debían cumplirse para poder realizar el divorcio.

El artículo 81 de la citada ley determina que para poder solicitar el divorcio los cónyuges deben haber estado como mínimo un año sin convivir de forma ininterrumpida, tras superar este plazo los cónyuges debían solicitar la separación judicial y estar separados judicialmente durante al menos un año. Si finalmente se cumplían estos requisitos el divorcio era efectivo. Bien es cierto que el artículo 82 recoge una serie de causas por las cuales se puede hacer efectivo el divorcio sin necesidad de transcurrir esos plazos como eran: la infidelidad, pena privativa de libertad, alcoholismo...¹³

Con el paso del tiempo la sociedad fue evolucionando, lo que llevó consigo a la creación de nuevas normas para poder adecuarlas a la situación social del momento, por lo que se promulgó la ley 15/2005, de 8 de julio, con la cual se modificaba tanto

¹² LACRUZ BERDEJO J.L. Elemento de derecho civil IV Familia. Dynkinson, 4ª Edición, Madrid 2010. Pág. 90.

¹³ Artículo 82 de la ley 30/1981, de 7 julio, de modificación de la regulación del matrimonio en el Código Civil y determinación del procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.



el Código Civil como la Ley de Enjuiciamiento Civil, dentro de esta norma se recogía por primera vez en el ordenamiento jurídico español la responsabilidad parental compartida, es decir, la guarda y custodia compartida.

Aunque como ya se ha visto el Código Civil la recoge, regula y reconoce, no la define ni delimita sus competencias, por lo que todo esto ha sido delimitado o bien por la jurisprudencia o bien por la doctrina. Como han sido los casos de Zarraluqui Sanchez-Eznarriaga o de Guilarte Martin-Calero.

Para finalizar, en el año 2013 el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de Nulidad, Separación y Divorcio.

Esto se debe a lo expresado en la exposición de motivos del mismo Anteproyecto, ya que la sociedad española en lo que se refiere a derecho de familia ha sufrido una gran y profunda transformación, que ha venido evolucionando poco a poco junto al ordenamiento jurídico.

En este Anteproyecto se recoge que:

- 1) El juez tiene la posibilidad de otorgar la custodia compartida con independencia de si ha sido solicitada o no por alguno de los cónyuges.
- 2) Si hubiere falta de acuerdo entre los cónyuges, el juez decidirá si este sistema es el idóneo, teniendo en cuenta una serie de criterios.
- 3) Se puede fijar pensión de alimentos aunque se determine el régimen de custodia compartida, cuando los ingresos de ambos sean dispares.



4) En cuanto a la vivienda, se atiende a un caso de necesidad, en esta se determina que si el progenitor que no ostente la guarda y custodia, carece de medios suficientes para obtener una vivienda, mientras que el otro si tenga ingresos suficientes para mantenerse a sí mismo y al menor o menores, se atribuirá el uso de la vivienda al primero.

5) Para acabar, expone que no se otorgará la guarda y custodia, ni individual ni compartida, ni siquiera régimen de estancia, relación y comunicación al progenitor que tenga sentencia firme por atentar contra la vida, integridad física, libertad, integridad moral o libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal. Si no existiese sentencia firme, pero sí resolución judicial motivada de indicios fundados y racionales de criminalidad por la presunta comisión de violencia doméstica, de género o de cualquiera de los anteriores, se impedirá la atribución de la guarda y custodia, pero no se excluirá el régimen de estancia, relación y comunicación.¹⁴

Tras ver las diferentes normas encargadas de regular la nulidad, separación y divorcio, así como las reformas a la guarda y custodia compartida, procederemos a observar esta evolución desde un punto de vista jurisprudencial.

Ya se ha comentado que el Código Civil no se encarga de definir el concepto de guarda y custodia compartida, debido a esto, ha tenido que ser un trabajo externo al legislador, por lo que la definición que tenemos hoy en día es la realizada por la doctrina o la jurisprudencia.

¹⁴ Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de Nulidad, Separación y Divorcio.



El Tribunal Supremo ha reiterado que: *“la custodia compartida se concibe como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven”*¹⁵.

No solo se ha encargado de dar una definición a esta figura, sino que también ha desarrollado las ventajas de su aplicación como son: *“1- fomentar la integración del menor con ambos padres evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; 2- evitar el sentimiento de pérdida; 3- no cuestionar la idoneidad de los progenitores; y, 4- estimular la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia”*¹⁶.

Hay que destacar que la guarda y custodia compartida se aplica de acuerdo al interés superior del menor, concepto que como nos recuerda la Sentencia del TS de 25 de mayo de 2012, a lo largo de la jurisprudencia se han ido recogiendo una serie de criterios relativos al interés del menor:

*“Estos criterios son tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; 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”*¹⁷.

¹⁵ Fundamento Segundo de la Sentencia del Tribunal Supremo, 94/2010 de 11 de marzo; Fundamento Cuarto de la Sentencia del Tribunal Supremo 84/2011, de 21 de febrero y Fundamento Séptimo de la Sentencia del Tribunal Supremo 496/2011 de 7 de julio.

¹⁶ Fundamento Tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo 465/2015 de 9 de septiembre.

¹⁷ Fundamento Segundo de la Sentencia del Tribunal Supremo 94/2010 de 11 de marzo.



Respecto a la interpretación de la norma, el artículo 92.8 dicta que la guarda y custodia compartida se aplicará de manera excepcional, la jurisprudencia se ha pronunciado sobre este aspecto, refiriéndose a que: *“la excepcionalidad a que se refiere el inicio del párrafo 8, debe interpretarse, pues, en relación con el párrafo cinco del propio artículo que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro. Si no hay acuerdo, el artículo 92.8 no excluye esta posibilidad, pero en este caso, debe el juez acordarla fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”*¹⁸.

Esta sentencia viene relacionada estrechamente con una sentencia anterior, pues ese mismo mes, con antelación, el TS dictaba sobre la guarda y custodia compartida que: *“no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, debería considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”*¹⁹.

Si bien hay una línea jurisprudencial común favorable a la aplicación de la guarda y custodia compartida, el Tribunal Supremo ha declarado la necesidad de probar y justificar la convivencia de dicho modelo pues el TS establece 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*

¹⁸ Fundamento Tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo 579/2011 de 22 de julio.

¹⁹ Fundamento Séptimo de la Sentencia del Tribunal Supremo 496/2011 del 7 de julio de 2011.



otros aspectos referidos a la toma de decisiones sobre su educación, salud, educación y cuidado”²⁰.

Aunque también es cierto que el propio órgano reconoce ciertos supuestos en los cuales este sistema no se puede aplicar “*Es cierto que algunas resoluciones de esta Sala han denegado este régimen de custodia pese al establecimiento en la instancia de un sistema amplio de comunicaciones de uno de los progenitores con los hijos. Se trata de resoluciones concretas en las que no era posible el tránsito de una guarda exclusiva a otra compartida con base a las circunstancias debidamente valoradas en la sentencia recurrida y siempre en interés del menor (lo que impide formular una doctrina concreta)*”²¹

Un ejemplo de este caso sería la sentencia 115/2016 debido a la gran distancia que hay entre el domicilio de la madre y el domicilio del padre. “*Realmente la distancia no solo dificulta sino que hace inviable la adopción del sistema de custodia compartida con estancias semanales, **dada la distorsión que ello puede provocar y las alteraciones en el régimen de vida del menor máxime cuando está próxima su escolarización obligatoria**, razones todas ella que motivan la denegación del sistema de custodia compartida.*”²² Ya que esto podría afectar al descanso del menor.

Podría parecer que para la aplicación de esta medida, los padres deben tener relación y carecer de diferencias, pues el Tribunal Supremo ya ha desechado en alguna ocasión el ejercicio de la guarda y custodia compartida debido a que la relación entre los padres era nula como en la sentencia 619/2014 de 30 de octubre de 2014, en la que se establece que: “*Esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva*

²⁰ Fundamento Quinto de la Sentencia del Tribunal Supremo 515/2015 del 15 de octubre de 2014.

²¹ Fundamento Tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo 194/2016 de 29 de marzo.

²² Fundamento Tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo 115/2016 de 1 de marzo.



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 personalidad”²³.

Sin embargo que los padres mantengan diferencias, no es una objeción para designar la guarda y custodia compartida puesto 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(...)** 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”²⁴.

Aunque este respeto debe ser suficiente para asegurar al juez de que se respetará la custodia compartida por ambas partes: *“Una cosa es que el Tribunal Supremo se haya inclinado activamente a favor de la custodia compartida, y otra que ese régimen deba imponerse en todos los casos. Este tribunal, siguiendo dicha doctrina jurisprudencial, también es activamente proclive a dicho régimen, pero planteado con un mínimo de rigor. Lo que no podemos es acordar una custodia compartida y acto seguido surjan problemas y se incumpla la sentencia porque falta una mínima seriedad en los*

²³ Fundamento Sexto de la Sentencia del Tribunal Supremo 619/2014 de 30 de octubre.

²⁴ Fundamento Sexto de la Sentencia del Tribunal Supremo 96/2015 de 16 de febrero.



planteamientos, o simplemente se carece de la infraestructura elemental para atender a dos niños gemelos de tan corta edad”²⁵.

Existen ciertos supuestos en que estas desavenencias están relacionadas con la familia, o se pudieran trasladar a estas, no permitiendo que el menor se relacione con el resto de la familia. Casos como este ya han sido presentados al Tribunal Supremo, que ha resuelto: *“los abuelos ocupan una situación respecto de los nietos de carácter singular y, sin perjuicio de tener en cuenta las circunstancias específicas del supuesto que determinan que aquella pueda presentarse con múltiples aspectos y matices, en principio no cabe reducir la relación personal a un mero contacto durante un breve tiempo como pretende la parte recurrente, y nada impide que pueda comprender `pernoctar en casa o pasar una temporada con los mismos`...”, sin que en absoluto se perturbe el ejercicio de la patria potestad con el establecimiento de breves periodos regulares de convivencia de los nietos con los abuelos* ²⁶.

Otro elemento a destacar en la guarda y custodia compartida, es la pensión de alimentos, ya que en la atribución monoparental el que ostenta la guarda recibe una pensión alimenticia para mantener a los menores, por lo que la respuesta de los abogados de familia fue la de solicitar la guarda y custodia compartida con la intención de ahorrar esa pensión alimenticia a sus clientes, pues el Tribunal Supremo en varias sentencias ha reiterado que en el caso de la guarda custodia compartida el reparto de los gastos ocasionados por alimentos será repartido al cincuenta por ciento

²⁵Fundamento Tercero Sentencia Audiencia Provincial Santa Cruz de Tenerife SAP TF 1452/2018 25 de septiembre de 2018.

²⁶ SEIJAS QUINTANTA, J.A. Guarda y custodia. Derecho de visitas. Vivienda familiar. Jurisdicción de familia XX años. Dynkinson, Madrid.2013. Página 160-161.



entre ambos progenitores, debiéndose encargar de estos gastos durante el tiempo que tienen asignado para la guarda y custodia del menor ²⁷.

Viendo la doctrina del Tribunal Supremo en conjunto podemos llegar a las siguientes conclusiones:

- 1) La custodia compartida es una institución cuya función es la de la protección de los intereses del menor, la cual es ventajosa por los diferentes motivos ya citados.
- 2) La custodia compartida debe atribuirse de acuerdo a una serie de criterios, los cuales ya han sido nombrados por la jurisprudencia. Entre ellos está la necesidad de probar de que la custodia compartida realmente es beneficiosa para el menor, necesitando un informe para probar dicho hecho.
- 3) La custodia compartida no debe considerarse una medida excepcional, sino todo lo contrario, ya que debería ser la medida general, siendo la más deseable para los menores, al poder mantener el contacto con sus progenitores con normalidad.
- 4) Bien es cierto, que la custodia compartida no se puede otorgar siempre, pues habrán ciertos casos en los que aun siendo posible el juez podrá interpretar que no es beneficioso para el menor, por ejemplo cuando altere el tiempo de sueño del menor.

²⁷ Fundamento Primero de la Sentencia del Tribunal Supremo 616/2014, de 18 de noviembre y fundamento Primero de la Sentencia del Tribunal Supremo 96/2015 de 16 de febrero.



- 5) En caso de que haya desavenencias entre los padres, aun así se podría aplicar el régimen de custodia compartida siempre y cuando estas desavenencias sean razonables, y entre los padres exista una relación de respeto que posibilite la convivencia con el menor y su correcto desarrollo.
- 6) Los abuelos no pueden ser privados del derecho de relacionarse con sus nietos, pudiendo convivir con ellos durante una temporada sin que esto afecte al ejercicio de la guarda y custodia compartida.
- 7) Si se concede la guarda y custodia compartida, en la mayoría de los casos no se hará pago de alimentos por parte de un progenitor al otro, ya que cada uno se encargará de los gastos ocasionados por los alimentos en el tiempo que se le tenga asignado el ejercicio de la guarda.



4. Obligaciones de la guarda y custodia compartida

La guarda y custodia únicamente es el ejercicio de la patria potestad, por lo tanto los custodios tienen los deberes y obligaciones de la patria potestad, con la salvedad de que al ser una guarda y custodia compartida, ambos progenitores poseen el ejercicio de ese derecho, pudiendo ocasionar ciertos problemas, tanto por la posible mala relación entre los que antes eran cónyuges o pareja, como por los diferentes puntos de vista que ambos pueden defender.

Los derechos y deberes de los padres son los determinados en el artículo 154 del Código Civil:

1) Velar por los hijos

Este deber implica una obligación de cuidado de los padres hacia los hijos, pues integra una función de velar por las actuaciones u omisiones tendentes a procurar el cuidado, así como el bienestar de los hijos, con el fin de evitar daños y que los menores puedan obtener un desarrollo correcto, no solo de manera física, sino también espiritual desarrollando su personalidad. Dentro de esta obligación están comprendidos tanto los cuidados de vigilancia y de cautela, como los sanitarios e higiénicos²⁸.

2) Tenerlos en su compañía

²⁸ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. Contenido de la patria potestad o función parental. Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja. Bosch. Barcelona. 2013. Páginas 110-111.



Según Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga: *“Este derecho comprende el de vivir con los hijos menores, compartiendo el mismo domicilio y la misma vivencia. Naturalmente, cuando los progenitores, que ostentan la patria potestad sobre sus hijos, no tienen el mismo domicilio, por la razón que sea, esta función, que abarca a ambos, viene alterada de forma que, al no poder ejercitarla simultáneamente, tiene que ser alternativa o, excepcionalmente, corresponder a uno solo de ellos.(...) la evolución que la normativa legal y jurisprudencial ha venido desarrollando en los últimos tiempos se traduce en nuevas soluciones e, incluso, definiciones, en su búsqueda incesante de fórmulas que proporcionen un mayor beneficio a los menores en los supuestos cada vez más frecuentes de que sus progenitores no vivan juntos. De cualquier forma, hay que entender que la convivencia puede desarrollarse de una forma excepcional, por compartir una vivienda no permanente, aunque si formal”²⁹.*

Por lo que se entiende de que en los casos de custodia compartida ambos padres tienen la obligación de estar en la compañía de sus hijos, lo cual no es difícil, pues cada progenitor tiene un tiempo asignado para el cuidado de estos, el problema viene de las características de esta obligación, pues al ser compartida es imposible que ambos progenitores pernocten con el menor, por lo tanto debemos buscar una de las formulas citadas por Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, pudiéndose interpretar que aun cuando el menor este en la compañía del custodio, el otro progenitor aún ejerce su deber de compañía.

Dicho de otro modo, no es una obligación que exija la pernoctación con el menor, únicamente la compañía, concepto que en el caso de que los padres convivan lógicamente si implicaría la pernocta con ambos, pero que en casos concretos como la

²⁹ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. Contenido de la patria potestad o función parental. Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja. Bosch. Barcelona. 2013. Página 112.



guarda y custodia compartida es imposible que duerma en el domicilio de ambos, por lo que podría entenderse la obligación de la compañía en un sentido más amplio como la compañía a la hora de desarrollar la vida cotidiana, bien sea en la rutina escolar, bien sea extraescolar... El problema en este caso no es tanto la obligación y la interpretación de este como la relación entre los progenitores, pues obviamente si hay una relación más allá de la cordialidad entre ambos, será más fácil para ambos el poder hacer compañía al menor de manera continuada, pero si la relación es nula, la posible compañía que podría realizar cada custodio, fuera de su tiempo asignado, será o muy corta o ninguna, pudiendo desatender esta obligación frente al menor.

3) Educarlos

Esto viene relacionado con el artículo 27.2 de la Constitución Española³⁰, por lo que la falta de educación del menor dará lugar a la intervención judicial, estando cualquier persona obligada a poner en conocimiento de la autoridad dicha situación, así con el fin esencial de procurarles una formación integral que les haga capaces de valerse y actuar por sí mismos, facilitándoles lo necesario para el total desarrollo de sus aptitudes y cualidades³¹.

4) Representarlos

El representante en el caso que nos atañe es el que genera la determinación interna de la voluntad, que emite él mismo en un negocio jurídico en el que es parte es representado, pudiendo actuar en nombre propio pero por cuenta de otro, indirecta, o

³⁰ El artículo 27. 2 de la CE reza: “Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”

³¹ BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M. libro I: Título VII. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Comentarios al Código Civil. Aranzadi. Navarra. 2010. Página 286-288.



en nombre del representado, directa. Según Castán Tobeñas, la segunda es la representación correcta que debería ejercer un custodio sobre el menor.

Aquí surge un problema, puesto que en el caso de la custodia compartida ambos serían representantes de los intereses del menor, por lo tanto en el caso de que se le exija responsabilidad no se determina cuál de los dos progenitores es el responsable, o si esta responsabilidad es mancomunada o solidaria ³².

5) El deber de prestarles alimentos

Beltrán de Heredia dice que: *“una dirección de la doctrina (...) dejándose arrastrar por la condición de pariente que tienen las personas que recíprocamente se deben alimentos, postula la tesis de que mediante la obligación de alimentos no se tutela un interés patrimonial del alimentario porque mediante aquella no se protege un interés privado egoísta propio exclusivamente del individuo, sino que se tutela directa y principalmente un interés de orden superior, cual es el interés familiar siendo éste y la cohesión del organismo familiar el verdadero fundamento de la obligación alimenticia”*³³.

De la misma manera según Rabadán Sánchez-Lafuente, esta obligación viene determinada por el artículo 154 del Código Civil: *“Por otro lado, siguiendo el artículo 154 del Código Civil, los padres deben prestar alimentos a los hijos que se encuentran bajo su patria potestad. Estos alimentos no son distintos de los contemplados en el artículo 142 del Código Civil, pues la obligación de los padres de alimentar a los hijos no deriva de la patria potestad, sino de la relación paterno-*

³² CASTÁN TOBEÑAS, J. Tomo 1, Volumen 2. Derecho Civil español, común y foral. Dynkinson. 10ª Edición, Madrid. 2010. Página 737.

³³ BELTRÁN DE HEREDIA, P. Comentarios al Título VI del libro del Código Civil. ALBALADEJO M. Comentarios al Código Civil y compilaciones forales. Tomo VIII. Volumen 8 Edarsa. Madrid. 2000. Pág.21.



filial que les une -artículos 110 y 111 del Código Civil, es decir, se trata de una deuda alimenticia en la que el parentesco es la filiación”³⁴.

Para Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga “*en la mayor parte de los casos, la obligación alimenticia, especialmente en lo que afecta a su prestación por parte de los padres a sus hijos, se cumple mediante el levantamiento directo, en el propio hogar familiar, de las cargas que implica. Así los padres proporcionan a sus hijos cuanto a su sustento y habitación precisan y abonan directamente sus gastos de vestido, educación y sanitarios, así como los de ocio y actividades lúdicas. En estos casos, normalmente no se cuantifica de forma precisa y periódica el importe de esta prestación y lo que más ocurre es que los padres abonan a los hijos una asignación, fijada por aquellos, para cubrir algún gasto aleatorio*”³⁵.

Por lo que todos llegan a la conclusión de que el deber de los progenitores es el de darle sustento a sus hijos, lo cual viene recogido en el art. 154, haciendo referencia a los alimentos del artículo 142 del Código Civil.

6) Administrar los bienes del hijo

El artículo 154.2 hace referencia a que los padres deben administrar los bienes de sus hijos, lo cual viene desarrollado de manera extensa en el artículo 164, dictando que: “*los padres administrarán los bienes de los hijos con la misma diligencia que los suyos propios, cumpliendo las obligaciones generales de todo administrador*”.

³⁴ RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F. Fundamento de la no discriminación entre hijos matrimoniales y no matrimoniales en la recepción de la pensión alimenticia. *ACTUALIDAD CIVIL*. Cádiz 2011. Página 1675.

³⁵ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. Contenido de la patria potestad o función parental. Marco jurídico paterno - filial en las rupturas de pareja. Bosch. Barcelona. 2013. Páginas 173 - 173.



Según Ballesteros de los Ríos: *“El término administración debe interpretarse en sentido amplio, comprendiendo en el mismo los actos de conservación y los de disposición, sin perjuicio de que en éstos se cumpla con lo establecido en el artículo 166. La regulación de este precepto es parca: no determina si la gestión es conjunta o no, ni establece en caso de gestión inadecuada qué progenitor será responsable”*³⁶.

Además el mismo artículo determina ciertas excepciones a este deber, como son los casos de:

- a) Los bienes adquiridos a título gratuito, cuando el disponente lo hubiera ordenado de manera expresa, se cumplirá la voluntad de este sobre los bienes y sus frutos.
- b) Los adquiridos por sucesión en los casos en los que uno o ambos progenitores hayan sido desheredados o no hubieran podido heredar por indignidad, por lo que serán administrados por la persona designada por el causante.
- c) Los que el hijo mayor de dieciséis años hubiera adquirido con su trabajo o industria³⁷.

³⁶ BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M. Libro I: Título VII. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Comentarios al Código Civil. Aranzadi. Navarra. 2010. Página 345.

³⁷ Artículo 164 Código Civil.



5. Requisitos de atribución de la guarda y custodia compartida

A la hora de atribuir la guarda y custodia compartida, los jueces y magistrados tienen que observar diferentes elementos, como ya se vio con anterioridad, hechos como la relación entre los parientes puede ser determinante para que un juez decida si otorgar o no la guarda y custodia compartida. En este punto veremos cuáles son los criterios básicos que se observan.

- 1) El punto fundamental para que se decida si se otorga la guarda y custodia compartida es el interés del menor, dicho concepto jurídico está fundamentado en los artículos 39.3 y 39.4 de la Constitución española: “3. *Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.*4. *Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.*”.

Así como en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo que dicta como sobre cualquier otro interés legítimo, siempre primará el interés superior del menor.

El concepto del interés superior del menor, es un concepto jurídico indeterminado, pues no está definido dentro del Código Civil, por lo tanto no se puede saber con



exactitud que implica el interés superior del menor, siendo diferente en cada caso concreto³⁸.

Esto es así ya que el interés superior del menor es un interés que es superior incluso de este mismo, es decir, el menor a partir de cierto momento, cuando tiene madurez suficiente para ser oído, puede pedir que se le dé la custodia monoparental a un progenitor, pero esa petición no es el interés del menor, únicamente es una pretensión de este, pues según la Audiencia Provincial de Baleares, el interés del menor es aquel que le proporcione un bienestar físico y emocional, favoreciendo su formación y desarrollo³⁹.

2) Tras la solicitud los tribunales deben observar una serie de criterios ya citados y que el Tribunal Supremo recoge dentro de la sentencia 257/2013 de 29 de abril como son:

- *“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;*

³⁸ GARCÍA PASTOR, M., La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: Aspectos personales, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pág.115.

³⁹ Fundamento Primero de la Sentencia de Audiencia Provincial de Baleares SAP IB 1714/2006 de 22 de septiembre de 2006.



- *El resultado de los informes exigidos legalmente;*

- *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, sin que la mera constatación de que el régimen de guarda y custodia se adapta mejor al interés de los progenitores resulte suficiente para deducir que se adapta mejor al interés del menor, que es el que debe primar”.*⁴⁰

- 3) Derecho a ser oído por parte de los menores, este derecho viene recogido en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.⁴¹

Para valorar la audición del menor el juez debe valorar:

- La edad del menor que viene entrelazada con la madurez y el discernimiento de éste.

- Cual es la voluntad del menor, y cuál es el interés real, pues este puede diferir, además analizará no solo aquello que sea más beneficioso para el menor a corto plazo, sino también a largo plazo.

⁴⁰ Fundamento Tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo 257/2013 de 29 de abril.

⁴¹ El artículo 9 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor dispone que: “1. *El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.*”



- Las presiones o influencias externas como la alienación parental. Esto es, el influjo sobre los hijos para tratar de desacreditar, inicialmente, y de rechazar, finalmente, al otro progenitor a los ojos de aquellos.

- Las influencias de determinadas ventajas sobre todo de naturaleza económica o lúdica⁴².

4) No separación de los menores, pues según expone Pérez Martín, los hermanos no deben ser separados, pues esto interrumpiría su relación produciendo un grave perjuicio para su desarrollo⁴³.

5) Capacidad económica, este es uno de los puntos importantes, ya que también es parte de conflicto en muchos casos, pues en la mayoría de los casos en los que se otorga la custodia compartida en la actualidad, no es necesario el pago de una pensión alimenticia, pues cada custodio se hará cargo de los menores, en el tiempo que los tengan asignados. Por lo que el juez debe valorar que realmente ambos progenitores tienen capacidad económica para afrontar dichos gastos durante el tiempo asignado⁴⁴.

6) Existen diferentes elementos que también pueden y deben ser valorados como puede ser el apego, la competencia parental o la edad de los menores. Por todo ello

⁴² Fundamento Tercero de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares SAP IB 906/2005 de 29 de junio de 2005.

⁴³ PÉREZ MARTÍN, A. J., Procedimiento Contencioso separación, divorcio y nulidad. Uniones de hecho. Otros procedimientos contenciosos, Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 237-238.

⁴⁴ Fundamento Primero de la Sentencia del Tribunal Supremo 616/2014, de 18 de noviembre y fundamento Primero de la Sentencia del Tribunal Supremo 96/2015 de 16 de febrero.



hay un requisito exigido por la ley y que el Tribunal Supremo ha reiterado que debería cumplirse, el cual es un dictamen psicológico atendiendo que sería lo más beneficioso para el menor a la hora de determinar la guarda y custodia compartida ya que en muchos casos facilitaría la labor de jueces y magistrados⁴⁵.

⁴⁵ Fundamento Segundo de la Sentencia del Tribunal Supremo 94/2010 de 11 de marzo



6. Conclusiones

Habitualmente las normas jurídicas siempre se realizan con posterioridad a los cambios sociales que se producen en un estado, cosa normal, ya que el legislador no puede prever los posibles cambios que se den el futuro, lo que si puede es contemplar los cambios que se están desarrollando y legislar sobre ellos, uno de estos casos puede ser el divorcio, donde el legislador reaccionó, antes de que la conciencia social cambiara, algo similar ha ocurrido con la custodia compartida, esto no implica que ciertas personas no lo reivindicaran antes, o que no surgieran problemas sociales o jurídicos dada la inexistencia de estas figuras, sino que la masa de la población no contemplaba la ausencia de esta figura como un problema, por ello sorprende que el legislador actuara anticipándose en ese sentido.

Es cierto que se dan ciertos paralelismos entre ambas instituciones, puesto que a la hora de que se crearan estas no fueron usadas por la mayoría de las partes que podían aplicarlas, o que fueran usadas de manera errónea, la diferencia es que en el divorcio se establecieron unos requisitos, cosa que en la custodia compartida a priori no, lo que fue derivando en que la jurisprudencia tuviera que ir dando forma a estos requisitos o criterios a la hora de aplicarla. El problema actual con la custodia compartida, no es tanto un problema jurídico, sino social, ya que algunas parejas, no parecen entender que el interés del menor, muy posiblemente sea el mismo que su interés propio, y que es el interés de él, el que prevalece, por lo tanto ese desconocimiento hace que una figura jurídica muy válida para nuestra sociedad y ordenamiento jurídico, no se aplique o se intente aplicar de manera errónea.



Por lo tanto, puede que antes de una nueva reforma legislativa fuera necesario una campaña de concienciación social, así como de fomento donde se haga entender a la sociedad los beneficios de la custodia compartida.

Más allá de los posibles problemas sociales por los cuales puede no estar funcionando esta institución, lo cierto es que también tiene serios problemas legislativos, es cierto que viene siendo común que el legislador no regule ciertos conceptos o lo realice de forma errónea, pero en un tema tan complejo y delicado como es una crisis matrimonial o de pareja, dónde interviene el interés superior del menor, el cuál debe garantizar su correcto desarrollo, se esperaría una extensa normativa dejando claro una serie de normas rígidas para garantizar la protección de este, pero lo cierto es que prácticamente no hay regulación sobre este tema, y la escasa regulación que habla sobre ello es bastante vaga, obligando a juristas y tribunales a interpretar esta normativa y completarla para poder asegurar en alguna medida el beneficio del menor.

Tanto es así, que el mismo Código Civil, no tiene artículos que definan la guarda custodia compartida como tal, dando un concepto o unas características mínimas para su aplicación, recogiendo únicamente la posibilidad de que se dé la guardia y custodia compartida si se cumplen una serie de requisitos, como es la solicitud y un posible (que ni si quiera es obligatorio según el Código) informe psicológico sobre los beneficios de la custodia compartida para el menor, y si esta, realmente debería aplicarse en el caso concreto.

El problema que genera esta pobre legislación con un tema como las crisis matrimoniales o en procesos donde hay menores implicados, no es solo el interés superior del menor, ya que alrededor de esta figura existen múltiples problemas que los tribunales han tenido que ir solventando poco a poco con el paso de los



años. Problemas en principio tan simples como el derecho de los familiares cercanos a relacionarse con el menor o incluso los criterios a aplicar para determinar que padre debe quedarse con la custodia compartida en el sistema monoparental exclusivo, o si ambos pueden ser custodios, es cierto que cada juez o magistrado tiene su propio criterio, pero por ello mismo pienso que debe recogerse algún criterio dentro del ordenamiento jurídico español, para que haya una unificación de criterio, y que dos casos muy parecidos no terminen con una resolución muy diferente según la interpretación del tribunal, es cierto que el Tribunal Supremo ha dado en diferentes ocasiones criterios a seguir, pero la jurisprudencia no es una ley que vincule a jueces y magistrados, por lo que esta solución no es definitiva, ya que en lo que un juez o magistrado actúa desatendiendo a estos criterios, se recurre y llega a una resolución definitiva, el menor puede haber crecido y su desarrollo podría no depender de la custodia conjunta.

Es cierto que es imposible recoger todos los criterios del Tribunal Supremo dentro de una normativa, ya que hay muchos aspectos específicos que únicamente tienen sentido dentro de esa situación concreta, pero sí que podría hacerse una complicación de los criterios generales más comunes o de mayor relevancia, lo cual se podría complementar a las obligaciones y los requisitos en forma de un único texto legal, así a la hora de dar conocimiento sobre la guarda y custodia compartida únicamente sería una norma conjunta donde se desarrolle el concepto los diferentes tipos, no solo enumerados en el Código Civil, sino desarrollados de manera extensa, los requisitos de atribución junto a las obligaciones que esta conlleva para ambos progenitores, obviamente esta norma sería únicamente una base ya que cada juez o magistrado podría modificar los elementos que considere necesario de acuerdo a las circunstancias que rodeen al menor o la familia.



Es importante que se desarrolle una normativa eficiente, para una figura jurídica tan relevante como es la custodia compartida, ya que cada vez es más normal tener conocimiento de parejas que sufren crisis y acaban rompiendo la relación.

Por lo que un desarrollo normativo amplio permitiría a los ciudadanos tener un mayor conocimiento de esta figura así como su aplicación y facilitarles la posibilidad de interiorizarla de acuerdo al interés del menor, el cual, tendría mayor facilidades si pudiera relacionarse con ambos progenitores, no solo para su crecimiento, ya que podría no afectarle en el desarrollo de su personalidad, pero sí que podría facilitarle en el futuro la manera de relacionarse con otras personas.



7. Bibliografía

Manuales:

BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M. libro I: Título VII. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Comentarios al Código Civil*. Aranzadi. Navarra. 2010.

BELTRÁN DE HEREDIA, P. Comentarios al Título VI del libro del Código Civil. ALBALADEJO M. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Tomo VIII. Volumen 2 Edarsa. Madrid. 2000.

BOLAÑOS, I.: `` Síndrome de alienación parental. Descripción y abordajes psico-legales´´. *Psicopatología Clínica, Legal y forense*. Vol. 2, Núm. 3, 2002.

CASTÁN TOBEÑAS, J. Tomo 1, Volumen 2. *Derecho Civil español, común y foral*. Madrid. 2010.

DE PABLO CONTRERAS, P. y PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. *La tutela, la curatela y la guarda de los menores e incapacitados*. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. Derecho de familia, Colex.2016.



ESPARZA OLCINA, C. La guarda compartida. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. *Comentarios a las reformas de derecho de familia de 2005*. Thomsom, Aranzadi. Navarra.2005.

FERNANDEZ GIL VEGA, I. efectos comunes a los procesos de separación, divorcio y nulidad. En DIEZ-PICAZO G. : *Derecho de familia*, Thomson Reuters, Civitas, 1ª Edición, Pamplona 2012.

GARCÍA PASTOR, M., *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: Aspectos personales*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “*La custodia compartida alternativa: un estudio doctrinal y jurisprudencial*”, InDret, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, número 2, 2008.

GUTIÉRREZ CÁNDIDA, *La institución de la familia en Roma*, CATALÁ RUBIO, S. *Evolución del derecho de familia en occidente*. Ed. Universidad de Castilla la Mancha. Cuenca.

LACRUZ BERDEJO J.L. *Elemento de derecho civil IV Familia*. Dynkinson, 4ª Edición, Madrid 2010.

LASARTE, C. *Derecho de familia principios derecho civil VI*. MARCIAL PONS, 17ª Edición, Madrid 2018,



PÉREZ MARTÍN, A. J., Procedimiento Contencioso separación, divorcio y nulidad. Uniones de hecho. *Otros procedimientos contenciosos*, Lex Nova, Valladolid, 2007.

RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F. *Fundamento de la no discriminación entre hijos matrimoniales y no matrimoniales en la recepción de la pensión alimenticia*. ACTUALIDAD CIVIL. 2011

SEIJAS QUINTANTA, J.A. Guarda y custodia. Derecho de visitas. Vivienda familiar. *Jurisdicción de familia XX años*. Dynkinson, Madrid. Página 160-161. Referencia STS 27 Julio 2013.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. Contenido de la patria potestad o función parental. *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja*. Bosch. Barcelona. 2013

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial Consideración de la custodia de los hijos*, Dykinson, Madrid, 2006.

Artículos:

Noticias jurídicas (en línea). El régimen de guarda y custodia en España. Derecho común y Comunidades Autónomas con Derecho civil propio. BAYARRÍ MARTÍ M.L.



Normativa:

Anteproyecto de Ley 19 de julio de 2013, Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de Nulidad, Separación y Divorcio.

Código civil.

Constitución española.

Ley orgánica de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Criminal 1/1996, de 15 de enero.

Ley 30/1981, de 7 julio, de modificación de la regulación del matrimonio en el Código Civil y determinación del procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.



Jurisprudencia:

Sentencia del Tribunal Supremo 5661/1996 del 18 de octubre de 1996

Sentencia del Tribunal Supremo, 94/2010 de 11 de marzo

Sentencia del Tribunal Supremo 84/2011, de 21 de febrero

Sentencia del Tribunal Supremo 496/2011 de 7 de julio.

Sentencia del Tribunal Supremo 579/2011 de 22 de julio.

Sentencia del Tribunal Supremo 257/2013 de 29 de abril.

Sentencia del Tribunal Supremo 515/2015 15 de octubre de 2014.

Sentencia del Tribunal Supremo 619/2014 de 30 de octubre.

Sentencia del Tribunal Supremo 616/2014, de 18 de noviembre



Sentencia del Tribunal Supremo 96/2015 de 16 de febrero.

Sentencia del Tribunal Supremo 465/2015 de 9 de septiembre.

Sentencia del Tribunal Supremo 194/2016 de 29 de marzo

Sentencia del Tribunal Supremo 115/2016 de 1 de marzo.

Sentencia Audiencia Provincial Santa Cruz de Tenerife SAP TF 1452/2018 25 de septiembre de 2018

Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares SAP IB 906/2005 de 29 de junio de 2005

Sentencia de Audiencia Provincial de baleares SAP IB 1714/2006 de 22 de septiembre de 2006.

