



**TRABAJO FIN DE GRADO**

**Grado en Derecho**

**Facultad de Derecho**

**Universidad de La Laguna**

**Curso 2023/2024**

**Convocatoria: julio**

**LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN CASO DE CRISIS  
FAMILIARES Y SU EVOLUCIÓN**

The shared custody regime in case of family crisis and its evolution

Realizado por la alumna: Tania Ramos Sánchez

Tutorizado por la Profesora: María Elena Sánchez Jordán

Departamento: Disciplinas jurídicas básicas

Área de conocimiento: Derecho Civil

ABSTRACT

Before Law 15/2005, of 8 July, through which the joint custody regime was introduced in our Civil Code, this established that the general rule was the adoption of sole custody in favor of one of the two parents. However, after said Law, shared custody is considered another model of custody, which has generated certain debates that the Supreme Court has been in charge of resolving by establishing that said regime is normal and even desirable as long as it protects the best interests of the minor.

In this work we will mention the different types of guard and custody that exist, but we will especially study shared custody, analyzing the different models of this; its legal and jurisprudential evolution; the principles on which said regime is based; the criteria established by the Supreme Court that will be taken into account for its adoption and, finally, the causes for denial of shared custody.

**Key Words:** shared custody; best interest of the minor; criteria.

RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

Antes de la Ley 15/2005, de 8 de julio, a través de la cual se introdujo el régimen de custodia compartida en nuestro Código Civil, este establecía que la regla general era la adopción de la guarda y custodia exclusiva a favor de uno de los dos progenitores. No obstante, después de dicha Ley, la guarda y custodia compartida pasa a considerarse un modelo más de guarda y custodia, lo cual ha generado ciertos debates que el Tribunal Supremo se ha encargado de zanjar estableciendo que dicho régimen es normal e incluso deseable siempre que con ello se proteja el interés superior del menor.

En este trabajo mencionaremos los distintos tipos de guarda y custodia existentes, pero estudiaremos especialmente la guarda y custodia compartida, analizando los distintos modelos de esta; su evolución legal y



jurisprudencial; los principios en los que se fundamenta dicho régimen; los criterios que el Tribunal Supremo ha establecido que se tendrán en cuenta para su adopción y, por último, las causas de denegación de la custodia compartida.

**Palabras clave:** guarda y custodia compartida; interés superior del menor; criterios.

<b>ÍNDICE</b>	<b>Página</b>
<b>1. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>5</b>
<b>2. CONSIDERACIONES GENERALES.....</b>	<b>7</b>
2.1. CONCEPTO DE GUARDA Y CUSTODIA.....	7
2.2. TIPOS DE GUARDA Y CUSTODIA.....	8
2.2.1. Guarda y custodia exclusiva.....	8
2.2.2. Guarda y custodia compartida.....	8
2.2.3. Guarda y custodia distributiva.....	9
2.2.4. Guarda encomendada a un tercero.....	9
<b>3. GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.....</b>	<b>10</b>
3.1. CONCEPTO.....	10
3.2. MODELOS CUSTODIA COMPARTIDA.....	11
3.3. EVOLUCIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL.....	12
3.3.1. La custodia compartida antes de la Ley 15/2005.....	13
3.3.2. La custodia compartida después de la Ley 15/2005.....	15
3.4. EXAMEN DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA ACERCA A LA CUSTODIA COMPARTIDA.....	18
3.4.1. Principios fundamentales que justifican la custodia compartida, así como sus beneficios según la doctrina.....	18
3.4.2. Criterios fijados por el TS para la atribución de la custodia compartida.....	21
3.4.3. Causas de denegación de la custodia compartida.....	31
<b>4. CONCLUSIONES.....</b>	<b>34</b>
<b>5. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>36</b>
<b>6. JURISPRUDENCIA CONSULTADA.....</b>	<b>37</b>

## **I. INTRODUCCIÓN**

Cuando se produce una separación o divorcio y existen hijos menores fruto de esa relación conyugal, una de las cuestiones que habrá que tratar es con quién van a convivir los hijos a partir de ese momento. Así, nuestro Código Civil permite que sean los progenitores los que soliciten el régimen de guarda y custodia que consideren que más va a beneficiar al menor de entre los distintos tipos que existen, debiendo el juez en todo caso recabar los informes exigidos por la Ley y asegurarse de que el régimen se esté adoptando en aras del interés superior del menor, interés que se tendrá en cuenta en todos los casos para dotar a los hijos menores de la mayor protección posible debido a su vulnerabilidad.

En este trabajo analizaremos los distintos tipos de guarda y custodia que existen según la doctrina mayoritaria y su encaje de manera directa o indirecta en nuestro Código Civil, para después centrarnos concretamente en un régimen de guarda y custodia que ha sido objeto de debate incluso antes de su regulación en nuestro Código Civil hasta la actualidad, siendo éste la guarda y custodia compartida. Analizaremos su definición y el debate que ha generado entre la doctrina la terminología empleada para referirse a este régimen de custodia, así como los modelos de guarda y custodia compartida que podemos encontrar.

Por otro lado, se estudiará la evolución legal y jurisprudencial que ha experimentado la guarda y custodia compartida, haciendo alusión en primer lugar a las diversas reformas que ha sufrido el artículo 92 del Código Civil a lo largo de los años y en segundo lugar haciendo una distinción entre la custodia compartida antes de la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, la cual introdujo en nuestro Código Civil este régimen de guarda y custodia y la custodia compartida después de dicha Ley. Mediante este estudio podremos comprobar cómo antes de la reforma este modelo de custodia, a pesar de que era contemplado por la doctrina, puesto que no se prohibía por la Ley, solo se adoptaba en casos muy excepcionales debido a que ni siquiera estaba regulado en nuestro Código Civil y cómo, después de dicha reforma, pasa a considerarse por el Tribunal Supremo como el régimen de guarda y custodia deseable y más beneficioso para el menor.

Luego pasaremos a analizar los principios fundamentales sobre los que se asienta la guarda y custodia compartida, así como los beneficios que la doctrina ha entendido que tiene sobre el menor adoptar este modelo. A continuación expondremos los criterios que el Tribunal Supremo ha establecido que se tendrán en cuenta por el órgano juzgador a la hora de determinar si lo más beneficioso para el menor es acordar un régimen de guarda y custodia compartida, valorando diversos aspectos como la proximidad de los domicilios; la disponibilidad de los progenitores atendiendo entre cosas a su profesión; la baja conflictividad entre los padres para poder comunicarse a la hora de tomar decisiones referentes a la educación y cuidado de los hijos y otros criterios que estudiaremos detalladamente, indicando además ejemplos de sentencias para ver como ha valorado la jurisprudencia dichos criterios.

Por otra parte, al igual de importantes que son los criterios establecidos para considerar que régimen de guarda y custodia conviene al menor, lo son las causas de denegación de la guarda y custodia compartida que se regulan principalmente en nuestro Código Civil mediante una redacción tajante que no da cabida a excepciones, como veremos posteriormente, lo cual ha generado también un debate interesante sobre si con dicha redacción se está permitiendo que se valore el interés superior del menor por el órgano juzgador, dando lugar esto a que se hayan planteado dos cuestiones de inconstitucionalidad, la última por el Tribunal Supremo.

Por último, acabaremos con las conclusiones que se han podido extraer a lo largo de la realización de este trabajo sobre esta materia que tanto debate ha generado en la doctrina y en la jurisprudencia.

## 2. CONSIDERACIONES GENERALES

### 2.1. Concepto de guardia y custodia

Para poder dar una definición de guarda y custodia debemos acudir a la doctrina, pues si bien es cierto que el artículo 92 del Código Civil hace alusión a ésta, no lo hace ofreciendo una definición sobre la misma, sino mencionándola como uno de los efectos de la nulidad, separación y divorcio a los que hace referencia en su Capítulo IX.

En este sentido, GUILARTE MARTÍN-CALERO, define la guarda y custodia 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, educación en valores, formación, vigilancia y, desde luego, la responsabilidad por los hechos ilícitos provocados por los menores interviniendo su culpa o negligencia”<sup>1</sup>.

Otra definición más reciente es la que da MARTÍNEZ CALVO, a cuyo parecer “la guarda y custodia es una figura de Derecho de familia que se integra dentro del contenido personal de la institución de la patria potestad y que entra en juego cuando los progenitores rompen su convivencia, siendo necesario precisar cuál de ellos quedará a cargo de los hijos menores. Su ejercicio implica la convivencia diaria con el menor y el cuidado directo de este; y, en concreto, abarca aspectos tales como la alimentación, la educación y formación, la vigilancia y control, etc. También comprende otras funciones inherentes a dicha convivencia, como la adopción de las decisiones cotidianas de menor importancia y de aquellas que tengan carácter urgente o no admitan demora”<sup>2</sup>.

Por tanto, de estas definiciones podemos extraer, que la guarda y custodia es una consecuencia derivada del divorcio o la separación de los progenitores, que supone que

---

<sup>1</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, C: “La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, núm 2/2008, 2008, pág. 4.

<sup>2</sup> MARTÍNEZ CALVO, J.: “La guarda y custodia: concepto, fundamento y relación con la patria potestad”: *La Guarda y Custodia*, 1ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, 2019, pág 4.

uno de ellos o ambos, dependiendo del régimen de custodia que se adopte, convivirá con el menor, debiendo hacerse cargo en el día a día de cuestiones básicas que atañe a los hijos como es su educación, alimentación, vestimenta, cuidado diario, decisiones de menor importancia que deben tomarse en el día a día sin que tenga que ser algo consensuado y demás cuestiones relativas al menor.

## **2.2. Tipos de guardia y custodia**

Una vez hemos dado un concepto, según diferentes autores, de lo que significa la guarda y custodia, debemos pasar a clasificar los diferentes tipos de guarda y custodia existentes, debiendo para ello acudir una vez más a la doctrina, que distingue entre: guarda y custodia exclusiva; guarda y custodia compartida; guarda y custodia distributiva y, por último, guarda encomendada a un tercero.

### **2.2.1. Guarda y custodia exclusiva**

Podemos definir la guarda y custodia exclusiva como aquella que es atribuida a uno solo de los progenitores, teniendo el progenitor no custodio derecho a un régimen de visitas que le permita seguir en contacto directo con el menor de manera habitual, además de tener la obligación de abonar una manutención<sup>3</sup>.

### **2.2.2. Guarda y custodia compartida**

Nuestro Código Civil no da una definición de lo que es la guarda y custodia compartida, sino que se limita a mencionarla y no lo hace siempre empleando la misma terminología. Por ejemplo, en el artículo 92.5 del Cc utiliza el término “ejercicio compartido de la guarda y custodia”, mientras que en el 92.7 habla de “guarda y custodia conjunta”.

MARTÍNEZ CALVO define la guarda y custodia compartida como “un régimen de guarda y custodia de los hijos menores, basado en los principios de coparentalidad y de corresponsabilidad parental, que se caracteriza porque ambos progenitores se alternan en el desempeño de las funciones inherentes a la guarda y custodia, compartiendo en un plano de igualdad derechos y obligaciones respecto a sus hijos como si se tratase de una

---

<sup>3</sup> Idem, pág. 5.

familia intacta, con la salvedad de que los padres ya no viven juntos. Todo ello sin que se exija un reparto estrictamente igualitario del tiempo que estos pasarán con cada progenitor, aunque sí parecido”<sup>4</sup>.

Esto quiere decir que, aunque lo habitual sea que en caso de custodia compartida los hijos pasen el mismo tiempo con el padre que con la madre, por ejemplo 15 días con uno de los progenitores y 15 con el otro, no tiene por qué ser siempre así, pudiendo ser el tiempo a repartir desigual, pero que en dicho tiempo ambos progenitores ejerzan sus derechos y obligaciones respecto a la guarda y custodia en un plano de igualdad.

### 2.2.3. Guarda y custodia distributiva

La guarda y custodia distributiva se da en “aquellos supuestos en los que, existiendo varios hijos comunes, el cuidado de unos es asignado preponderantemente a uno de los progenitores y el del resto al otro, de modo que los menores no conviven entre sí”<sup>5</sup>.

Este régimen de custodia es atípico y solo se aplicará en casos excepcionales, pues nuestro Código Civil, en su artículo 92.10 establece el criterio general, aplicable a cualquier régimen de guarda y custodia, de procurar no separar a los hermanos. Por lo tanto, para poder optar a este tipo de guarda y custodia tienen que existir causas suficientemente justificadas y que dicha decisión lo sea en interés de todos los hermanos, garantizando que no se rompa la relación fraternal<sup>6</sup>.

### 2.2.4. Guarda encomendada a un tercero

La guarda encomendada a un tercero encuentra su regulación en el artículo 103.1<sup>a</sup> del Código Civil, al establecer que “Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad

---

<sup>4</sup> MARTÍNEZ CALVO, J.: “La guarda y custodia: concepto, fundamento y relación con la patria potestad”: *La Guarda y Custodia*, 1<sup>a</sup> ed., Ed. Tirant lo Blanch, 2019, pág 11.

<sup>5</sup> Idem, pág 5.

<sup>6</sup> IGLESIAS MARTÍN, C.R.: “Las obligaciones de los padres respecto a los hijos”: *La custodia compartida. Hacia una corresponsabilidad parental en plano de igualdad*, 1<sup>a</sup> ed, Ed. Tirant lo Blanch, 2019, págs.. 14-15.

del juez”. Además, prevé una serie de medidas que podrán adoptarse en caso de que exista riesgo de sustracción del menor por alguno de los cónyuges o terceras personas.

MARTÍNEZ CALVO considera que este régimen solo puede ser acordado por la autoridad judicial y no por los progenitores en el convenio regulador y basa dicho argumento en que este tipo de guarda solo ha sido prevista en sede de medidas judiciales y en que, debido a que la patria potestad tiene carácter irrenunciable, los progenitores no pueden renunciar voluntariamente a las funciones que integran dicha figura<sup>7</sup>.

### **3. GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA**

#### **3.1. Concepto**

El modelo de guarda y custodia compartida se introdujo en nuestro ordenamiento con la Ley 15/2005, de 8 de julio, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio, de la que posteriormente hablaremos con más detenimiento.

GUILARTE MARTÍN-CALERO hace referencia a este régimen, explicando que consiste en “la alternancia de los progenitores en la posición de guardador y beneficiario del régimen de comunicación y estancia que, en abstracto, les coloca en pie de igualdad y que garantiza el derecho del menor a ser educado y criado por sus dos padres”<sup>8</sup>.

El concepto de guarda y custodia compartida ha sido objeto de una amplia polémica en nuestra doctrina, pues diferentes autores han considerado que el término correcto para referirse a dicho régimen sería “guarda y custodia sucesiva o alterna”, ya que los progenitores vivirán separado,s por lo que las decisiones que tomen respecto del menor, no las tomarán de manera conjunta<sup>9</sup>.

Esto viene a decir que el término “compartida”, que utilizamos para referirnos actualmente a este régimen de guarda y custodia, no estaría correctamente empleado, pues

---

<sup>7</sup> MARTÍNEZ CALVO, J.: “La guarda y custodia: concepto, fundamento y relación con la patria potestad”: *La Guarda y Custodia*, 1ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, 2019, pág. 11.

<sup>8</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, núm 2/2008, 2008, pág. 13.

<sup>9</sup> IGLESIAS MARTÍN, C.R.: “Las obligaciones de los padres respecto a los hijos”: *La custodia compartida. Hacia una corresponsabilidad parental en plano de igualdad*, 1ª ed, Ed. Tirant lo Blanch, 2019, pág 16.

los progenitores, a la hora de tomar decisiones y de ejercer las funciones inherentes a la guarda y custodia, no lo hacen de manera conjunta o “compartida”, como bien dice la palabra, ya que están separados, por lo que corresponde a cada progenitor, en el periodo que tienen al menor a su cargo, adoptar esas decisiones y llevar a cabo esas funciones de manera alternativa, de ahí que sea más correcto denominarla “guarda y custodia alternativa o sucesiva”.

A pesar de la controversia generada por su terminología, en la actualidad seguimos empleando el concepto de “guarda y custodia compartida” o “guardia y custodia conjunta” y podemos entender que es correcto, ya que nuestro Código Civil en su artículo 92.5 y 92.7 así se refiere a este tipo de régimen.

### **3.2. Modelos de custodia compartida**

La doctrina y la jurisprudencia han llevado a cabo una clasificación de diferentes modelos de custodia compartida, atendiendo a las circunstancias que se pueden dar en cada caso concreto, ya que éstas no siempre serán las mismas en todos los casos de crisis familiares. Se distingue entre: guarda compartida simultánea; guarda y custodia compartida a tiempo parcial, sin cambio de domicilio y guarda y custodia compartida con cambio de domicilio por parte de los menores<sup>10</sup>.

En el primer caso, guarda compartida simultánea, los hijos conviven con los progenitores en el mismo domicilio, “cuando existen posibilidades reales y efectivas de vida separada entre ellos en el mismo inmueble”<sup>11</sup>. En el segundo supuesto, guarda y custodia compartida a tiempo parcial, sin cambio de domicilio, los hijos permanecen en el domicilio familiar y los progenitores son los que abandonan la vivienda cuando le corresponde la custodia al otro progenitor. Este modelo de custodia compartida ha sido denominado por el Tribunal Supremo como modelo “casa-nido”. Por último, guarda y custodia compartida con cambio de domicilio por parte de los menores; en este caso son los hijos los que periódicamente conviven en el respectivo domicilio de sus padres<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Idem.

<sup>11</sup> STS (Sala de lo Civil) de 20 de diciembre de 2021 (rec. núm. 870/2021) (ECLI:ES:TS:2021:4950).

<sup>12</sup> Idem.

Este último modelo de custodia compartida es el más habitual, pero sea cual sea el modelo por el que se opte, tienen que reflejarse en el convenio regulador las razones que han motivado que se elija dicho modelo<sup>13</sup>.

### 3.3. Evolución legal y jurisprudencial

Para estudiar la evolución legal del régimen de guarda y custodia de los hijos tras la separación de los progenitores, debemos hacer hincapié principalmente en el artículo 92 del Código Civil, pues este ha sido objeto de numerosas reformas a lo largo de los años. En concreto, estudiaremos la custodia compartida antes de la Ley 15/2005, de 8 de julio, a través de la cual se introdujo el régimen de custodia compartida en nuestro Código Civil, y después de dicha Ley, haciendo alusión también a la jurisprudencia, a través de la cual podemos comprobar cómo en un inicio el régimen de custodia compartida se acordaba de manera excepcional por los tribunales y luego pasa a ser el régimen recomendable para el menor. El siguiente cuadro contiene, de manera resumida, cada una de las reformas que ha experimentado dicho artículo 92 del Código Civil desde 1981 hasta la actualidad.

<b>Evolución artículo 92 CC.</b>	
<b>AÑO</b>	<b>REGULACIÓN</b>
<b>1981</b>	-Solo se habla de la custodia exclusiva a favor de uno u otro progenitor, procurando no separar a los hermanos  <i>“Podrá también 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”</i>
<b>2005 REFORMA</b>	-Se introduce el ejercicio compartido de la guarda y custodia en el apartado 5 y los casos en los que no procede la misma en el apartado 7  <i>“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,</i>

<sup>13</sup> IGLESIAS MARTÍN, C.R: “Las obligaciones de los padres respecto a los hijos”: *La custodia compartida. Hacia una corresponsabilidad parental en plano de igualdad*, 1ª ed, Ed. Tirant lo Blanch, 2019, pág. 16.

	<p><i>adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos”</i></p> <p>-En el apartado 8 se establece que debe obtenerse informe <b>favorable</b> del Ministerio Fiscal para poder acordar la guarda y custodia compartida cuando sea solicitada solo por uno de los progenitores</p>
<b>2012</b>	<p>-Se declara inconstitucional y nulo por Sentencia del TC de 17 de octubre de 2012 el término “favorable” en referencia al informe del Ministerio Fiscal</p>
<b>2021</b>	<p>-Se elimina de la redacción del apartado 8 el término “favorable” quedando redactado de la siguiente manera:</p> <p><i>“Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”</i></p> <p>-Se modifica el apartado 7 y se establece que se apreciará también a efectos de denegar la custodia compartida, los malos tratos a los animales o la amenaza de causarlos como medio para hacer daño al cónyuge o hijos</p>

### 3.3.1. La custodia compartida antes de la Ley 15/2005

Antes de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, el artículo 92 del Código Civil únicamente se refería al régimen de guarda y custodia exclusiva como la regla general aplicable en caso de ruptura matrimonial. No obstante, aunque la norma aún no contemplaba la guarda y custodia compartida, ésta no estaba prohibida, por lo que era admitida por la doctrina y la jurisprudencia, aplicándose incluso por los tribunales de forma excepcional en ciertos casos<sup>14</sup>. Un ejemplo de ello es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 22 de abril de 1999, que acuerda la custodia compartida alternativa, estableciendo que, de acuerdo al interés superior del niño, “debe procurarse con carácter general que los hijos tengan el mayor contacto posible con ambos

<sup>14</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, C: “La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, núm 2/2008, 2008, pág. 5.

progenitores” y fundamenta que el atribuir la custodia a uno solo de los progenitores perjudica al menor, no solo por el hecho de que el menor no tiene en su vida un equilibrio de la figura materna y paterna, sino que con el tiempo va perdiendo la relación con el no custodio y, en consecuencia, con el tiempo se abandona el régimen de visitas<sup>15</sup>.

Por tanto, antes de la reforma por la que se introduce el modelo de guarda y custodia compartida podemos encontrar tanto casos en los que los tribunales han admitido este modelo de custodia, siendo un ejemplo el que acabamos de mencionar, como casos en los que ha sido rechazado, siendo éstos mayoría al no estar contemplado dicho régimen aún por la legislación. Un ejemplo se encuentra en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 10 de mayo de 2000, que establece que “El sistema de la custodia compartida en la forma que ha quedado expuesta, podría satisfacer los intereses de los padres, pero en esta materia, con independencia de que debe imponerse el principio de intervención mínima del ordenamiento jurídico, lo que exige la normativa legal con absoluta preferencia, es la salvaguarda de los intereses de los menores, lo que impide, por tanto, la adopción de medidas experimentales que carezcan de la mínima seguridad de ser beneficiosas para los hijos”<sup>16</sup>.

Otro argumento por el que se denegaba dicho régimen es por considerarse que éste representaba una situación irregular, y ejemplo de ello es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba 521/2003, de 16 de diciembre de 2003, en la que se argumenta que la guarda y custodia compartida debía ser excepcional y que tendría “un difícil encaje” debido a que la menor no tendría una estabilidad en su vida cotidiana<sup>17</sup>.

Hasta el año 2004 se seguía rechazando de manera mayoritaria este régimen de guarda y custodia compartida, estableciéndose en la Sentencia 826/2004, de 18 de octubre de 2004 que éste era incompatible con nuestro ordenamiento jurídico<sup>18</sup>.

Por tanto, podemos concluir que en la mayoría de los casos, lo que llevaba a los tribunales a denegar la guarda y custodia compartida era que ésta no era favorable para el menor al no dotarle de estabilidad y que además no estaba regulada en nuestro ordenamiento

---

<sup>15</sup>SAP de 22 de abril de 1999 (rec.num.379/1999) (ECLI:ES:APV:1999:2299).

<sup>16</sup> SAP de 10 de mayo de 2000 (rec.num 217/2000) (ECLI:ES:APMU:2000:1294).

<sup>17</sup> SAP de Córdoba de 16 de diciembre de 2003 (rec.num. 521/2003) (ECLI:ES:APCO:2003:1713).

<sup>18</sup> SAP de Madrid de 18 de octubre de 2004 (rec.num 826/2004) (ECLI:ES:APM:2004:14778).

jurídico, por lo que se consideraba que no era compatible con el mismo y con lo que en el se establecía.

### **3.3.2. La custodia compartida después de la Ley 15/2005**

Tras la Ley 15/2005, se introduce en el apartado 5 del artículo 92 del Código Civil el modelo de custodia compartida, que, como hemos dicho anteriormente, aunque ya se contemplaba por la doctrina y jurisprudencia y era admitida por los tribunales al no existir una norma que lo prohibiera, se aplicaba de manera excepcional.

A partir de 2005, el artículo 92 del Código Civil establece en su apartado 5º que “se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento”, estableciendo asimismo en su apartado 7º los casos en los que no procede la guarda conjunta. Finalmente, en su apartado 8º establece que “excepcionalmente, aún cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”.

En primer lugar, debemos destacar en relación al apartado 8º del artículo 92 del Código Civil, que antes de su redacción actual, se establecía que el informe del Ministerio Fiscal al que hace alusión debía ser “favorable”, inciso que fue declarado inconstitucional y nulo por la Sentencia del TC 185/2012, de 17 de octubre de 2012, pues se consideró que ese poder que se le otorgaba al Ministerio Fiscal limitaba de manera injustificada la potestad jurisdiccional a la que hace referencia el artículo 117.3 de la CE y que corresponde únicamente a Jueces y Tribunales integrantes del poder judicial. Además, se consideró también que suponía una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva contemplado en el artículo 24.1 de la CE, alegando que “el hecho de que el pronunciamiento judicial acordando la guarda y custodia compartida en caso de discrepancia de los progenitores se haga depender del dictamen favorable del Ministerio Fiscal «menoscaba de facto el derecho a obtener una resolución sobre el fondo»”<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> STC de 17 de octubre de 2012 (rec.num 185/2012) (ECLI:ES:TC:2012:185).

En segundo lugar, debemos hacer referencia al adverbio “excepcionalmente” con el que comienza la redacción del apartado 8 del artículo 92, pues éste ha sido objeto de controversia desde un inicio y ha sido la jurisprudencia quién se ha encargado de aclarar dicho término.

El artículo 92.8 del Código Civil establece que “excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”. Esto quiere decir que cuando ambos progenitores no estén de acuerdo en adoptar el régimen de guarda y custodia compartida, igualmente podrá acordarse siempre que se cumplan con los requisitos que de dicho precepto se extraen, que son: que uno de los progenitores la solicite; que se obtenga informe del Ministerio Fiscal y que se demuestre que solo así se protege el interés superior del menor. No obstante, a pesar de que la redacción del artículo parece clara, el debate surgió debido a la palabra “excepcionalmente” con la que comienza, que llevó a entender que se trataba de una medida extraordinaria<sup>20</sup>.

Podemos destacar, en relación a dicha excepcionalidad, dos sentencias del Tribunal Supremo relativas a casos en los que solo uno de los progenitores ha solicitado la guarda y custodia compartida, oponiéndose el otro progenitor a este tipo de régimen<sup>21</sup>. Una de ellas es la Sentencia del Tribunal Supremo 623/2009, de 8 de octubre<sup>22</sup>, y la otra es la STS 94/2010, de 10 de marzo<sup>23</sup>, la cual hace referencia a la recién mencionada. De la lectura de ambas sentencias comprobamos cómo el hecho de que solo uno de los progenitores hubiese solicitado la custodia compartida oponiéndose el otro, en este caso la madre, debido a supuesta distancia entre los domicilios, no fue suficiente para denegar este tipo de régimen, acordándose que se anulara la sentencia recurrida y se

---

<sup>20</sup> IGLESIAS MARTÍN, C.R: “Presupuestos para poder solicitar la guarda y custodia compartida”: *La custodia compartida. Hacia una corresponsabilidad parental en plano de igualdad*, 1ª ed, Ed. Tirant lo Blanch, 2019, pág. 3.

<sup>21</sup> Idem.

<sup>22</sup> STS (Sala de lo Civil) de 8 de octubre de 2009 (rec. núm.623/2009) (ECLI:ES:TS:2009:5969).

<sup>23</sup> STS (Sala de lo Civil) de 10 de marzo de 2010 (rec.núm. 94/2010) (ECLI:ES:TS:2010:962).

volviese a dictar sentencia argumentando si la guarda y custodia compartida era lo que más beneficiaba a los menores o no, puesto que se consideraba que no había quedado justificado denegar la misma. Por tanto, estas sentencias ayudaron a que la excepcionalidad con la que se contemplaba el artículo 92.8 Cc fuera menguando y se comenzara a considerar como lo que era, un régimen igual de válido que el resto de los contemplados.

No obstante, fue la Sentencia del Tribunal Supremo 579/2011 de 22 de julio<sup>24</sup>, en relación a la “excepcionalidad” del artículo 92.8, la que estableció que el régimen de guarda y custodia compartida era un régimen normal, como el resto de los previstos en nuestro ordenamiento jurídico y que esa excepcionalidad debía ser interpretada en relación con el apartado 5º, refiriéndose a cuando existe falta de acuerdo entre los progenitores y no a que debieran existir circunstancias extraordinarias para poder acordar éste régimen de custodia. Más adelante, la STS 257/2013 de 29 de abril, estableció 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, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”<sup>25</sup>.

Es importante mencionar aquí la Sentencia del Tribunal Supremo 1302/2023, de 26 de septiembre de 2023<sup>26</sup>, que estima el recurso de casación interpuesto contra una sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de marzo de 2022, en la cual se denegaba el régimen de guarda y custodia compartida argumentando que dicho régimen era excepcional conforme a lo que había establecido el Tribunal Supremo en distintas resoluciones y con base en el artículo 92.8 del Código Civil, y además lo hizo sin haber valorado correctamente el interés superior del menor, basándose únicamente en un informe del equipo psicosocial. Es por ello que el Tribunal Supremo casa dicha sentencia, pues no es cierto que dicha Sala haya establecido que la guarda y custodia compartida es un régimen excepcional; al contrario, se ha establecido en repetidas ocasiones que es un

---

<sup>24</sup> STS (Sala de lo Civil) de 22 de julio de 2011 (rec.num. 579/2011) (ECLI:ES:TS:2011:4924).

<sup>25</sup> STS (Sala de lo Civil) de 29 de abril de 2013 (rec.num. 257/2013) (ECLI:ES:TS:2013:2246).

<sup>26</sup> STS (Sala de lo Civil) de 26 de septiembre de 2023 (rec.num 1302/2023) (ECLI:ES:TS:2023:3830).

régimen normal e incluso deseable, en concreto en la Sentencia del Tribunal Supremo 257/2013 de 29 de abril, mencionada anteriormente.

Con esto queda claro que la excepcionalidad con la que se veía el régimen de guarda y custodia compartida ha quedado atrás, debiendo considerarse en todo caso como un régimen normal, siempre que beneficie al menor.

### **3.4. Examen de la doctrina y jurisprudencia acerca de la custodia compartida**

A continuación vamos a analizar, por un lado, cuáles son los principios que justifican la custodia compartida, así como sus beneficios según la doctrina mayoritaria y, por otro lado, cuáles son los criterios fijados por el Tribunal Supremo para la atribución de la misma, así como las causas por las que debe denegarse dicho régimen.

#### **3.4.1. Principios fundamentales que justifican la custodia compartida, así como sus beneficios según la doctrina**

En cuanto a los principios fundamentales que justifican la guarda y custodia compartida, debemos mencionar cuatro siguiendo la doctrina mayoritaria. Se trata de criterios que si bien no solo justifican el régimen de guarda y custodia compartida sino el resto de los regímenes también, ganan más importancia cuando hablamos de esta modalidad de guarda y custodia. Estos son: el principio de corresponsabilidad parental; el principio de coparentalidad; el principio del interés del menor y principio de igualdad entre progenitores<sup>27</sup>.

El primero de ellos, el principio de corresponsabilidad parental, se refiere a que ambos progenitores cuenten con los mismos derechos respecto a sus hijos y que de manera equitativa se repartan el cuidado de los mismo, adoptando de manera conjunta decisiones respecto a la salud y educación de éstos, lo cual ya de por sí forma parte de la patria potestad, por lo que corresponde a ambos aunque no se adopte este régimen de guarda y custodia compartida y comprende, además, las decisiones que se deban tomar en el día a día, las cuales sí corresponden al progenitor que ostente la guarda y custodia, siendo en

---

<sup>27</sup>IGLESIAS MARTÍN, C.R: “Las obligaciones de los padres respecto a los hijos”: *La custodia compartida. Hacia una corresponsabilidad parental en plano de igualdad*, 1ª ed, Ed. Tirant lo Blanch, 2019, págs. 17-18.

este caso ambos los que deben adoptarlas de manera conjunta, como hemos mencionado al principio<sup>28</sup>.

Podemos encuadrar este principio de manera implícita en nuestra legislación, por un lado en la Constitución Española, en el artículo 39.3, el cual establece que “Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda” y, por otro lado, en el artículo 92.1 del Código Civil, que establece que “La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos”. Además, también se hace referencia de manera explícita a dicho principio en la exposición de motivos de 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 cual se establece que “los progenitores procurarán la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad”. En este caso, si bien hace referencia únicamente a la patria potestad, se entiende también aplicable a la guarda y custodia<sup>29</sup>.

El segundo, el principio de coparentalidad, hace referencia al derecho que tienen los hijos a relacionarse con sus dos progenitores a pesar de la separación o ruptura matrimonial de éstos. Se trata de un derecho subjetivo de los hijos, otorgado en atención al interés superior del menor, ya que ha quedado demostrado, incluso en el ámbito de la psicología, que mantener el contacto de manera continua con ambos progenitores, favorece el desarrollo de los menores<sup>30</sup>.

Este principio se encuentra implícito en los artículos 90, 94 y 160 del Código Civil y además está recogido de manera directa en el Derecho internacional europeo<sup>31</sup>. Cabe destacar, por un lado, la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, que en su artículo 7.1 recoge que “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos” y en su artículo 9.3 que establece que “Los Estados Partes respetarán

---

<sup>28</sup> MARTÍNEZ CALVO, J.: “La guarda y custodia: concepto, fundamento y relación con la patria potestad”: *La Guarda y Custodia*, 1ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, 2019, pág. 7.

<sup>29</sup> Idem, pág. 8.

<sup>30</sup> Idem, pág. 9.

<sup>31</sup> MARTÍNEZ CALVO, J.: op. cit., pág. 9.

el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”<sup>32</sup>.

El tercero, el principio del interés del menor, el cual debe prevalecer por encima del resto de principios y que, al tratarse de un concepto jurídico indeterminado, hace que el juez se vea obligado a analizar cada caso en concreto para valorar las circunstancias de cada menor en particular y así saber qué es lo mejor para su interés<sup>33</sup>. El menor encuentra su protección en el artículo 39.4 de la CE, que establece que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”. La doctrina establece que “se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses”<sup>34</sup>.

El cuarto y último principio al que hace referencia la doctrina mayoritaria es el principio de igualdad entre progenitores, lo cual quiere decir que tanto el padre como la madre gozan de los mismos derechos y obligaciones respecto a sus hijos en lo que se refiere a su cuidado y educación. Este principio de igualdad entre progenitores se deriva del principio jurídico universal de igualdad entre hombres y mujeres, siendo un principio fundamental de la Unión Europea y estando reconocido, como no podía ser de otra forma, en nuestra Constitución Española, concretamente en los artículos 14 y 9.2 de la misma<sup>35</sup>. Además, se establece que existe una conexión entre este principio de igualdad y el de interés del menor, ya que aquel principio conlleva consecuencias positivas para el menor, al repartirse los progenitores el cuidado de los hijos de manera igualitaria<sup>36</sup>.

En cuanto a los beneficios que genera para el menor la adopción del régimen de guarda y custodia compartida, podemos mencionar dos sentencias del Tribunal Supremo, por un

---

<sup>32</sup> Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 20 de noviembre de 1989. BOE nº 313, de 31 de diciembre de 1990.

<sup>33</sup> IGLESIAS MARTÍN, C.R: “Las obligaciones de los padres respecto a los hijos”: *La custodia compartida. Hacia una corresponsabilidad parental en plano de igualdad*, 1ª ed, Ed. Tirant lo Blanch, 2019, pág. 18.

<sup>34</sup> Idem.

<sup>35</sup> IGLESIAS MARTÍN, C.R: op. cit., pág. 21.

<sup>36</sup> Idem.

lado, la sentencia nº 758/2013, de 25 de noviembre<sup>37</sup> y, por otro lado, la sentencia nº 51/2016 de 11 de febrero<sup>38</sup>, estableciéndose en ambas los mismos beneficios, que son los siguientes:

Primero: Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.

Segundo: Se evita el sentimiento de pérdida.

Tercero: No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.

Cuarto: Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, cooperación que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.

En cuanto a este último beneficio, vemos cómo el TS precisa que “ya se ha venido desarrollando con eficiencia”, lo cual quiere decir que, lógicamente, los progenitores deben tener una buena relación después de la ruptura o por lo menos tener la predisposición de cooperar por el bien del menor, pues en caso contrario, este régimen de guarda y custodia no va a ser beneficioso.

### **3.4.2. Criterios fijados por el TS para la atribución de la custodia compartida y causas de denegación de la misma**

El hecho de que nuestro legislador no haya fijado unos criterios para valorar si es adecuado para el menor acordar el régimen de guarda y custodia compartida o no, ha originado que en muchos casos no se haya concedido este régimen. Es por ello que ha sido la jurisprudencia quien se ha encargado de fijar cuáles son esos criterios que se deben tener en cuenta a la hora de decidir si se otorga la guarda y custodia compartida.

Para ello debemos remitirnos a la Sentencia del Tribunal Supremo 8 de octubre de 2009, cuya doctrina ha sido reiterada en las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 y 11 de marzo de 2010, la cual ha fijado unos criterios basándose en el Derecho comparado, pues

---

<sup>37</sup> STS (Sala de lo Civil) de 25 de noviembre de 2013 (rec.num 758/2013) (ECLI:ES:TS:2013:5710).

<sup>38</sup> STS (Sala de lo Civil) de 11 de febrero de 2016 (rec.num 51/2016) (ECLI:ES:TS:2016:437).

otros países sí que han fijado una lista con los criterios que han de tenerse en cuenta para valorar el régimen de guarda y custodia más adecuado para el menor.

Dicha Sentencia establece que “Del estudio del Derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en su relación 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 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”<sup>39</sup>.

Atendiendo a estos criterios establecidos por el Tribunal Supremo y a otros que recogen diversos autores, GUILARTE MARTÍN-CALERO propone que la lista de criterios a tener en cuenta sería la siguiente: las aptitudes personales de los progenitores; la proximidad de los domicilios; la disponibilidad de los padres para mantener el trato directo con los hijos en el periodo alterno correspondiente; medios materiales suficientes; edad de los hijos; la voluntad de los menores; y el resultado de los informes exigidos legalmente<sup>40</sup>.

En cuanto a las aptitudes de los progenitores, dentro de este criterio debemos atender a diversas cuestiones. En primer lugar, a la capacidad de los progenitores para mantener un acuerdo de cooperación activo y de corresponsabilidad. Esto no quiere decir que los padres deban de estar de acuerdo en que se establezca el régimen de guarda y custodia compartida, sino que, a pesar de no estar de acuerdo, no se opongan a dicha posibilidad si esto es lo adecuado para el bien del hijo, por lo que, aunque lo ideal sería que sí existiera

---

<sup>39</sup> STS (Sala de lo Civil) de 8 de octubre de 2009 (rec.num.623/2009) (ECLI:ES:TS:2009:5969).

<sup>40</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, C: “Criterios de atribución de la custodia compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Octubre de 2009”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, núm 3/2010, 2010 págs. 13 y ss.

un acuerdo entre ambos, el hecho de que no lo exista no impide en absoluto que se otorgue la custodia compartida<sup>41</sup>.

En segundo lugar, hay que atender a la capacidad de los padres para mantener un modelo educativo común, esto es, que aunque el menor cambie de progenitor, esto no influya en él, ya que los padres siguen la misma línea educativa o similar, consiguiendo así que no se desestabilice al menor<sup>42</sup>.

En tercer lugar, hay que atender a la baja conflictividad entre los progenitores, es decir, que estos mantengan una relación cordial, que les permita comunicarse para cuestiones referentes a la educación y cuidado de los hijos, pues en caso contrario no se estaría actuando en interés del menor<sup>43</sup>. Si este requisito no se cumple, no procedería acordar la guarda y custodia compartida y así lo establece, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo nº 545/2022 de 7 de julio de 2022, la cual deniega la custodia compartida basándose entre otros argumentos, en que se practicó un informe psicológico por un perito cualificado que señala que “si bien se cumplen la mayoría de los criterios exigibles técnicamente para aceptar una custodia compartida, la mala relación existente entre los padres, la falta de diálogo constructivo entre ellos que les impide llegar a acuerdos sobre cuestiones mínimas como las actividades extraescolares de los hijos, y la implicación de los menores en el conflicto no aconsejan esta fórmula de parentalidad”<sup>44</sup>.

Y, en cuarto lugar, hay que evaluar la relación padres-hijos previa y coetánea a la ruptura, esto es, valorar la dedicación que cada progenitor aportaba a los hijos respecto de su educación y cuidado antes de la ruptura, así como el vínculo emocional que el menor tenía con cada progenitor. GUILARTE MARTÍN-CALERO opina que “no debe, en ningún caso, ignorarse que es precisamente este criterio el determinante del altísimo número de custodias exclusivas otorgadas a las madres que son quienes se han venido ocupando del cuidado y atención de los menores”<sup>45</sup>. No obstante, esto no quiere decir que el hecho de que sea uno de los progenitores, normalmente la madre, el que se ha ocupado durante la convivencia en mayor medida del menor, sea a quien sí o sí se le va a atribuir

---

<sup>41</sup> Idem.

<sup>42</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, C: op. cit., pág. 14.

<sup>43</sup> Idem.

<sup>44</sup> STS (Sala de lo Civil) de 7 de julio de 2022 (rec.num. 545/2022) (ECLI:ES:TS:2022:2783).

<sup>45</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, C: op. cit., pág 15

la custodia exclusiva, sin posibilidad de adoptar una guarda y custodia compartida, pues ha habido un cambio de situación al producirse la ruptura y por tanto puede plantearse un nuevo reparto igualitario de las tareas inherentes al cuidado del menor, siempre y cuando dicho progenitor sea capaz de proporcionarle al menor todos los cuidados que requiere<sup>46</sup>.

Una vez hemos mencionado las cuestiones a tener en cuenta en referencia al primer criterio, pasaríamos al segundo criterio de la lista, que es la proximidad de los domicilios de los padres. Lo que se pretende con este criterio es que no se desestabilice al menor, tanto física como emocionalmente, ya que si los domicilios no están próximos, esto va a suponer que el menor deba cambiar de colegio, cambiar su rutina diaria, alejarse de sus amistades, etc. MARTÍNEZ CALVO considera que este criterio debe exigirse cuando estamos ante la modalidad de custodia compartida en la que son los menores los que deben abandonar periódicamente el domicilio de uno de los progenitores para ir al del otro progenitor, pero no cuando estamos ante la modalidad llamada por el TS como “casanido” en la que son los padres los que cambian de domicilio, pues en este caso el menor no vería afectada su estabilidad al no moverse de la vivienda y por ende, la distancia entre un domicilio y otro no es relevante a dichos efectos<sup>47</sup>.

En cuanto a la distancia máxima que debe haber entre domicilios para que pueda otorgarse la custodia compartida, no hay ninguna norma que establezca cuál debe ser la misma ni hay un criterio a seguir, sino que debemos acudir a la jurisprudencia y a las distintas circunstancias de cada caso concreto. Un ejemplo de casos en los que se ha denegado la custodia compartida por la distancia de los domicilios es la Sentencia del TS nº 566/2017 de 19 de octubre de 2017, la cual concede la custodia exclusiva a la madre, ya que resultaba inviable la custodia compartida, pues la madre había cambiado de residencia con el menor, de Salamanca, donde vivía el padre, a Alicante por motivos laborales, habiendo entre los domicilios de los progenitores más de 500 kilómetros de distancia, por lo que según dicha sentencia, estos kilómetros no serían viables para otorgar la custodia compartida<sup>48</sup>. Lo mismo ocurría en la Sentencia del TS nº 4/2018 de 10 de enero de 2018,

---

<sup>46</sup> ESPÍN ALBA, I.: “Custodia compartida y mejor interés del menor. Criterios de atribución de la custodia compartida en la doctrina jurisprudencial del tribunal supremo”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm 21, 2019, pág. 71.

<sup>47</sup> MARTÍNEZ CALVO, J.: “Elementos y criterios de determinación y configuración del régimen de guarda y custodia”: *La Guarda y Custodia*, 1ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, 2019, pág. 49.

<sup>48</sup> STS (Sala de lo Civil) de 19 de octubre de 2017 (rec.num 566/2017).

en la que se concede también la custodia exclusiva a la madre, ya que tras la ruptura, uno tenía su residencia en Guipúzcoa y el otro en Cádiz, habiendo de por medio 1.000 kilómetros de distancia, por lo que se declaró inviable establecer el régimen de custodia compartida<sup>49</sup>. Por otro lado, un ejemplo de un caso en el que sí se ha otorgado la misma a pesar de que existiera distancia entre ambos domicilios, es la Sentencia del TS 230/2018 de 18 de abril de 2018, que establece que 30 kilómetros de distancia es adecuado y no impediría la custodia compartida<sup>50</sup>. Por tanto, vemos que es un criterio subjetivo y que habrá de valorarse teniendo en cuenta las necesidades del menor, que en ocasiones podrían justificar esa distancia entre los domicilios si esto no afecta en gran medida a su estabilidad<sup>51</sup>. Lo que sí está claro es que en aquellos casos en los que los progenitores vivan en países diferentes, la jurisprudencia rechaza de manera casi unánime que se otorgue la custodia compartida, pues esto causaría un grave perjuicio al menor ya que, además de lo que hemos mencionado anteriormente, tendría que enfrentarse a otra cultura y a otro idioma<sup>52</sup>.

El tercer criterio hace referencia a la disponibilidad de los padres para mantener el trato directo con los hijos en el periodo que le corresponde<sup>53</sup>. Esto se refiere a que, en aquellos casos en los que el progenitor, por diversas circunstancias, como puede ser su profesión, tenga que desplazarse a otra ciudad con frecuencia o pasar muchas horas fuera del hogar, alejado por tanto del menor, no es aconsejable establecer un régimen de guarda y custodia conjunta, pues no podría cumplir con las obligaciones propias de la guarda y custodia, lo que perjudicaría al menor. Un ejemplo es la Sentencia 434/2019, de 24 de octubre, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife<sup>54</sup>, en la que se establece que no es viable el régimen de guarda y custodia compartida puesto que el padre es piloto, argumentándose lo siguiente “con carácter general advertir que este tribunal entiende que un trabajo o profesión no puede ser causa para denegar una custodia compartida, siendo

---

<sup>49</sup> STS (Sala de lo Civil) de 10 de enero de 2018 (rec.num 4/2018).

<sup>50</sup> STS (Sala de lo Civil) de 18 de abril de 2018 (rec.num 230/2018).

<sup>51</sup> ESPÍN ALBA, I.: “Custodia compartida y mejor interés del menor. Criterios de atribución de la custodia compartida en la doctrina jurisprudencial del tribunal supremo”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm 21, 2019, pág. 73.

<sup>52</sup> MARTÍNEZ CALVO, J.: “Elementos y criterios de determinación y configuración del régimen de guarda y custodia”: *La Guarda y Custodia*, 1ª ed., Ed.Tirant lo Blanch, 2019, pág 50.

<sup>53</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Criterios de atribución de la custodia compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Octubre de 2009”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, núm 3/2010, 2010 pág. 16.

<sup>54</sup> SAP de 24 de octubre de 2019 (rec.num 434/2019) (ECLI:ES:APTF:2019:2783).

responsabilidad de los progenitores el ejercer con responsabilidad la patria potestad y atender a sus hijos, sin olvidar que en la actualidad el supuesto habitual es que ambos progenitores tengan sus respectivas carreras profesionales y que se vean obligados a acudir a la ayuda de terceras personas, pues es normal y necesario en la sociedad actual que los progenitores tengan que compatibilizar la vida laboral y familiar, sin que ello pueda significar una falta de aptitud para el cuidado de los menores” y continua argumentando que, a pesar de ello, habrá que analizar cada caso en concreto, y en este caso, la profesión del padre, por la complejidad de su horario, imposibilitan una custodia compartida.

Por tanto, de lo anterior extraemos que el hecho de que el progenitor tenga un trabajo con un amplio horario o que deba trabajar por ejemplo en turnos rotativos, no es una causa directa e inmediata para denegar la guarda y custodia compartida, pues ambos progenitores tienen el deber y el derecho de trabajar, más aún cuando hay menores a su cargo, pero habrá que analizar en cada caso concreto el régimen de guarda y custodia que más vaya a beneficiar al menor, y puede ocurrir que la profesión que desempeñe el progenitor sea imposible de compatibilizar con el régimen de guarda y custodia compartida, por mucho que los padres deseen que se adopte el mismo.

El cuarto criterio a tener en cuenta es que los progenitores cuenten con medios materiales suficientes. Se refiere a la capacidad económica de los progenitores. Esto ha dado lugar a cierto debate entre la doctrina, habiendo dos posturas contrapuestas, una que cree que si uno de los progenitores carece de recursos debe privársele de la custodia compartida y otra que cree que esto no debe ser un obstáculo para adoptar este régimen de guarda y custodia, puesto que en caso de que uno de los progenitores esté en desigualdad de ingresos respecto del otro, se acordará la pensión alimenticia a favor del progenitor que carece de recursos. Por tanto, en cuanto a este criterio, más importante que los ingresos de cada progenitor, es que ambos cuenten con una vivienda donde convivan con el menor cuando lo tengan a su cargo<sup>55</sup>.

El quinto criterio es la edad de los hijos. Para analizar este criterio hay que hacer una distinción entre aquellos menores que aún se encuentran en periodo de lactancia y

---

<sup>55</sup> MARTÍNEZ CALVO, J.: “Elementos y criterios de determinación y configuración del régimen de guarda y custodia”: *La Guarda y Custodia*, 1ª ed., Ed.Tirant lo Blanch, 2019, pág 35.

aquellos que ya han superado la misma, pero que aún se encuentran dentro de lo que se considera menores “de corta edad”. En cuanto a qué se considera menor de corta edad, no hay una edad límite fijada, pero según distintos tribunales estaría entre los tres y cinco años<sup>56</sup>.

En cuanto a los menores que se encuentran en periodo de lactancia, en la mayoría de los casos vemos cómo se atribuye la guarda y custodia exclusiva a favor de la madre en aras del interés del menor, pues es la madre la única que puede proporcionarle esa lactancia natural, estableciéndose a favor del padre un amplio régimen de visitas y estancia con el menor, pero sin pernoctar, hasta finalizar ese periodo de lactancia. Lo que ocurre en muchos casos es que se solicita un régimen progresivo<sup>57</sup>, en el que se pase de custodia exclusiva a una custodia compartida. Un ejemplo de ello es la Sentencia del Tribunal Supremo 32/2019, de 17 de enero<sup>58</sup>, en la cual se otorga la custodia de la menor a la madre hasta que la hija cumpla la edad de dos años, o con anterioridad, en caso de que no se mantenga la lactancia natural y una vez finalice la misma, se establece que se pasará a un régimen de guarda y custodia compartida.

Lo mismo ocurre con los menores que ya han superado la lactancia materna o no han pasado por ella, pero que aún tienen una corta edad. En estos casos también puede optarse por un régimen progresivo para que el menor se pueda ir adaptando. Por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo 23/2017 de 17 de enero<sup>59</sup>, se establece un régimen progresivo, dividido en dos fases, una donde se establece cómo serán las visitas hasta que el menor alcance los tres años y otra una vez el menor alcance los tres años de edad. Sin embargo, también existen casos en los que, a pesar de la corta edad del menor, si este no está en periodo de lactancia, se ha acordado un régimen de guarda y custodia compartida directamente, siendo un ejemplo de ello la Sentencia 270/2015 de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 30 de abril de 2015<sup>60</sup>, que argumentaba que el padre gozaba de la capacidad parental suficiente para atender al menor y darle los cuidados necesarios atendiendo a su edad, basándose esto en su “contacto constante y fluido con el menor, la vinculación afectiva, el conocimiento de las rutinas, hábitos y alimentación del menor y

---

<sup>56</sup> Idem, pág 47.

<sup>57</sup> Idem.

<sup>58</sup> STS (Sala de lo Civil) de 17 de enero de 2019 (rec.num 32/2019) (ECLI:ES:TS:2019:49).

<sup>59</sup> STS (Sala de lo Civil) de 17 de enero de 2017 (rec.num 23/2017) (ECLI:ES:TS:2017:161).

<sup>60</sup> SAP de 30 de abril de 2015 (rec.num 270/2015) (ECLI:ES:APB:2015:3684).

la aptitud para garantizar su bienestar teniendo un entorno adecuado que permite compaginar el horario laboral con la ayuda de la abuela materna”, además de la proximidad geográfica.

Con este último ejemplo vemos cómo, en aquellos casos en los que el menor no esté en periodo de lactancia, el hecho de tener corta edad no debe impedir que se acuerde un régimen de guarda y custodia compartida, y sobre ello se pronuncia el Tribunal Supremo en la Sentencia 182/2018, de 4 de abril, que establece que “la corta edad del menor no es determinante para excluir el régimen de custodia compartida, máxime si ya ha concluido el periodo de lactancia. Asimismo, entiende que la posible perturbación de la estabilidad del menor, que hasta ese momento había vivido con su madre, tampoco es obstáculo para el establecimiento del régimen de custodia compartida”<sup>61</sup>. Es por ello que, en la mayoría de los casos, como hemos visto anteriormente, se acuerda un régimen progresivo, donde se pasará de la custodia exclusiva a una custodia compartida, normalmente a partir de los tres años, que es cuando ya ha finalizado el periodo de lactancia, para permitir que ambos progenitores participen por igual en el desarrollo del menor y en beneficio del mismo.

El sexto criterio a tener en cuenta es la voluntad de los menores. Este está relacionado con el derecho que tiene el menor a ser oído en aquellas cuestiones que puedan afectarle sea en el ámbito familiar como es este caso u en cualquier otro<sup>62</sup>. Se encuentra regulado en nuestro Código Civil en el artículo 92.2, el cual establece lo siguiente “El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos y emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre esta cuestión”. También encontramos su regulación en el artículo 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dispone que “ El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de

---

<sup>61</sup> MARTINEZ CALVO, J.: “Incidencia de la edad del menor en la determinación del régimen de custodia. Comentario a la STS de España, num 182/2018, de 4 de abril (ECLI:ES:TS:2018:1156). *Revista Boliviana de Derecho*, num 28, 2019, pág 447.

<sup>62</sup> MARTINEZ CALVO, J.: “Elementos y criterios de determinación y configuración del régimen de guarda y custodia”: *La Guarda y Custodia*, 1ª ed., Ed.Tirant lo Blanch, 2019, pág 21.

mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias”. La madurez a la que hace referencia dicho artículo se establece que deberá ser valorada por profesionales especializados, pero en todo caso se considera que el menor tiene suficiente madurez cuando tenga doce años de edad, estando esto regulado también en el artículo 159 del Código Civil.

No obstante, ha habido cierta confusión respecto de si continua siendo obligatorio escuchar al menor que tenga suficiente juicio y sea mayor de doce años o si solo se escuchará a este cuando el juez lo estime conveniente. Dicha confusión surge a raíz de dos reformas, que son la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio y la Ley 13/2009, de 3 noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial<sup>63</sup>. Dicha duda surge porque tanto en el artículo 92.6 del Código Civil como en el artículo 777.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fruto de esas reformas, actualmente se establece que “se oirán a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal” por lo que según este precepto ya no es obligatorio, sino que será el juez el que lo haga si lo estima necesario; además, no se habla del límite de edad de los doce años. Sin embargo, a pesar de que se introducen esas modificaciones, se mantiene su obligatoriedad en el artículo 159 del Código Civil, lo que ha generado dicha confusión.

El Tribunal Supremo, en el año 2014, en el fundamento quinto de su sentencia 413/2014, de 20 de octubre<sup>64</sup>, estableció que dicha confusión a la que hemos hecho alusión, era resuelta por la Ley de Protección del menor y por el Convenio sobre derechos del Niño, que establece que cuando tengan suficiente madurez y, en todo caso cuando sean mayores de 12 años, habrán de ser oídos. Con dicho argumento quedaba clara la postura del TS de que era obligatorio escuchar al menor. Sin embargo, a lo largo de los años, el TS ha cambiado su postura tajante sobre dicha obligatoriedad y ello queda reflejado, por

---

<sup>63</sup> MARTÍNEZ CALVO, J.: “Elementos y criterios de determinación y configuración del régimen de guarda y custodia”: *La Guarda y Custodia*, 1ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, 2019, pág 23.

<sup>64</sup> STS (Sala de lo Civil) de 20 de octubre de 2014 (rec.num 413/2014) (ECLI:ES:TS:2014:4233).

ejemplo, en la Sentencia 577/2021, de 27 de julio<sup>65</sup>, en la que argumenta que “aunque no se puede decir que los tribunales están obligados a oír siempre al menor, pues eso dependerá de las circunstancias particulares de cada caso, atendiendo siempre a la edad, madurez e interés de aquel, por lo que es posible, precisamente en atención a la falta de madurez o de ponerse en riesgo dicho interés, y siempre que el menor tenga menos de 12 años, que se prescinda de su audición o que se considere más adecuado que se lleve a cabo su exploración a través de un experto o estar a la ya llevada a cabo por este medio, para que el tribunal pueda decidir no practicarla o llevarla a cabo del modo indicado, será necesario que lo resuelva de forma motivada”.

Por tanto, se entiende que, debido a dichas reformas que introdujeron preceptos en los que no se establece la obligatoriedad ,y atendiendo además a lo que ha establecido el TS en los últimos años, siempre y cuando el menor tenga menos de 12 años, podría prescindirse de su audición, ya sea por falta de madurez o porque lo mejor para el menor sea que no se produzca la misma.

Por último, el séptimo criterio de la lista es el resultado de los informes exigidos legalmente. A estos informes se hace referencia en el artículo 92 del Código Civil; en concreto, en el apartado 6 se hace referencia al informe del Ministerio Fiscal y en el apartado 9 al dictamen de especialistas debidamente cualificados, es decir, que cuenten con una especialización, como pueden ser trabajadores sociales, psicólogos, médicos y cualquier otro profesional dependiendo de que se vaya a tratar en dicho informe<sup>66</sup>.

En cuanto al informe del Ministerio Fiscal, cabe recordar, como he mencionado anteriormente, que en la redacción anterior del artículo 92 del Código Civil, se establecía que dicho informe tenía que ser favorable y esto fue declarado inconstitucional por la Sentencia del TC 185/2012, de 17 de octubre de 2012, por lo que actualmente no se exige que sea favorable para poder adoptar el régimen de guarda y custodia. Es decir, el juez deberá recabar dicho informe, pero éste no será vinculante para el mismo.

---

<sup>65</sup> STS (Sala de lo Civil) de 27 de julio de 2021 (rec.num 577/2021) (ECLI:ES:TS:2021:3299).

<sup>66</sup> MARTÍNEZ CALVO, J.: “Elementos y criterios de determinación y configuración del régimen de guarda y custodia”: *La Guarda y Custodia*, 1ª ed., Ed.Tirant lo Blanch, 2019, pág 29.

Respecto al dictamen de especialistas debidamente cualificados, no es obligatoria su obtención, pues así se establece en el artículo 92.9 del Código Civil, que dispone que el juez “podrá recabar” y en cuanto a quién puede solicitarlo, el propio artículo también establece que podrá recabarse de oficio o a instancia de parte, del Ministerio Fiscal, miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor.

### **3.4.3 Causas de denegación de la custodia compartida**

Una vez hemos indicado aquellos criterios que se tienen en cuenta por los tribunales a la hora de determinar si es conveniente para el interés del menor adoptar el régimen de guarda y custodia compartida, vamos a hacer referencia también a cuáles son las causas por las que se deniega este tipo de régimen.

El artículo 92.7 del Código Civil recoge aquellos supuestos en los que no procede la guarda y custodia compartida, que se pueden desglosar en los siguientes, según el tenor literal del dicho artículo:

- Cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos.
- Cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.
- La existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de las personas anteriores (esto es, cónyuge o hijos).

Es importante mencionar que sobre este artículo se ha planteado cuestión de inconstitucionalidad en dos ocasiones. Primero, fue planteada en el año 2020 por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Jerez de la Frontera mediante auto en el que se acordó plantear dicha cuestión respecto del inciso primero del artículo 92.7 del Código Civil, al entender que contradecía otros artículos de carácter constitucional como son el principio del interés superior del menor recogido en los artículos 39.2 y 39.4 de la CE; el

principio de libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 de la CE; el derecho a la vida familiar, artículo 10.1 y 39.1 CE, en relación con el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el derecho a la vida privada del artículo 10.1 de la CE, en relación con el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>67</sup>.

La misma se planteaba en un proceso en el que ambos progenitores solicitaban la guarda y custodia compartida, a pesar de que entre ellos existía un proceso penal abierto por delitos de maltrato, amenazas y contra la libertad sexual y de haberse adoptado además medidas cautelares penales de prohibición de aproximarse el padre a la madre del menor, además de prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio. A pesar de ello, se alegaba que no existía otro motivo que justificara denegar la custodia compartida, ya que ambos progenitores estaban de acuerdo en adoptar dicho régimen puesto que era lo que más beneficiaba a los menores y que además los menores también deseaban continuar con dicho régimen de custodia. Se alegaba además que el Tribunal Supremo ha establecido en otras sentencias que la relación entre los cónyuges no son por sí solas relevantes o irrelevantes para determinar el régimen de custodia, sino que serán relevantes cuando perjudiquen al interés del menor y, en este caso, a pesar de la mala relación entre los progenitores debido al proceso penal en curso, no había perjudicado esto a los hijos, por lo que lo único que impedía que se mantuviera ese régimen era el artículo 92.7 del Código Civil, que a juicio del órgano juzgador que planteaba dicha cuestión no permite analizar el interés del menor sino que prohíbe de manera rotunda y directa que en estos casos se pueda adoptar la guarda y custodia conjunta<sup>68</sup>. Dicha cuestión de inconstitucionalidad fue inadmitida por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 98/2022 de 12 de julio<sup>69</sup>, argumentando lo siguiente “resulta inevitable concluir que la resolución que haya de dictarse en el proceso a quo no depende de la constitucionalidad del artículo 92.7 CC, pues el juzgado no ha dilucidado si la imposibilidad de acordar la custodia compartida deriva de lo previsto en esta norma o surge forzosamente de la existencia de unas medidas de protección adoptadas en el proceso penal iniciado por la denuncia formulada por la madre de los menores contra el padre de estos” y continúa argumentando que mientras continúen en vigor esas medidas cautelares de carácter penal,

---

<sup>67</sup> Roj: AJVM CA 1/2020 (ECLI:ES:JVMCA:2020:1A).

<sup>68</sup> Idem.

<sup>69</sup> STC de 12 de julio de 2022 (rec.num 98/2022) (ECLI:ES:TC:2022:98).

las cuales impiden que los progenitores puedan acercarse y comunicarse, es imposible adoptar el régimen de custodia compartida, independientemente de lo que establezca el artículo de cuya constitucionalidad se duda, pues el TS en repetidas ocasiones ha establecido que para que se pueda adoptar este tipo de custodia es necesario que los padres puedan comunicarse entre ellos para adoptar las decisiones que requieren una guarda y custodia compartida.

Después de ser inadmitida dicha cuestión de inconstitucionalidad, fue planteada por segunda vez en el año 2023, pero esta vez por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, mediante Auto 581/2023, de 11 de enero. En este caso, el TS también considera que el artículo 92.7 del Código Civil es contrario a los artículos antes mencionados de la CE relativos al libre desarrollo de la personalidad, al interés superior del menor y el derecho a la vida familiar, y argumenta que el citado artículo del Código Civil no permite valorar las circunstancias de cada caso en concreto, como son la gravedad del delito cometido o si éste tiene carácter doloso o no o de qué manera el que haya un proceso penal en curso ha afectado, si es que ha sido así, al menor. Considera además que la norma es desproporcionada puesto que no permite que se valore el interés superior del menor y que podrían adoptarse medidas menos gravosas para conseguir el fin que pretende la norma como es el “prudente arbitrio judicial”<sup>70</sup>. Dicha cuestión de inconstitucionalidad fue admitida a trámite<sup>71</sup>.

Con todo lo expuesto cabe plantarse que tal vez podría modificarse el artículo 92.7 del Código Civil y dar paso a una redacción menos tajante, en la que se introduzca alguna excepción que permita valorar cada caso en concreto, observando el tipo de delito cometido, el contexto en que se ha producido y si esto ha perjudicado al menor o no, pues al final lo que se busca es actuar en interés del menor, evitando en la medida de lo posible que los problemas existentes entre los progenitores afecten a los hijos.

Además de las causas que menciona el Código Civil en su artículo 92.7 para denegar la guarda y custodia compartida, hemos comprobado en el epígrafe anterior, mediante diversas sentencias, que también se denegará la misma en aquellos casos en los que no se

---

<sup>70</sup> Roj: ATS 581/2023 (ECLI:ES:TS:2023:581A).

<sup>71</sup> BOE nº 64, de 16 de marzo de 2023 (BOE-A-2023-6889).

cumplan alguno de los criterios que el Tribunal Supremo ha establecido que deberán valorarse a la hora de decidir el régimen de guarda y custodia más adecuado para el menor. Es decir, no se acordará el régimen de guarda y custodia compartida por ejemplo en aquellos casos en los que la distancia entre los domicilios de ambos progenitores sea excesiva y por tanto sea imposible adoptar un régimen de guarda y custodia compartida; en aquellos en los que la profesión de alguno de los progenitores sea completamente incompatible con este tipo de régimen, como por ejemplo podía ser la profesión de piloto o que el menor aún esté en periodo de lactancia o cualquier otro criterio de los estudiados que habrán de valorarse en cada caso concreto para salvaguarda el principio del interés superior del menor.

#### **4. CONCLUSIONES**

A lo largo del estudio y la realización de este trabajo se han podido extraer las siguientes conclusiones que expondremos a continuación de manera ordenada para una mayor claridad y estas son:

1. La guarda y custodia compartida en la actualidad es un régimen más de los distintos que existen, debiendo considerarse este normal e incluso deseable como ha indicado en varias ocasiones el Tribunal Supremo, dejando atrás el carácter excepcional con el que era visto por el órgano juzgador hasta la reforma de 2005. No obstante, a pesar de estar regulado, aún queda un largo camino para su completa normalización.
2. El hecho de que el Tribunal Supremo haya establecido que la guarda y custodia compartida es el régimen que más beneficiaría al menor y, por tanto, el más deseable, no quiere decir que en todos los casos se haya de adoptar dicho régimen, sino que habrá que analizar cada caso en concreto, estudiando cada uno de los criterios que se han establecido para determinar que régimen es el más adecuado con base en el interés superior del menor.
3. El artículo 92 del Código Civil, aunque regula la guarda y custodia compartida, lo hace de manera insuficiente, dando lugar su redacción a diversos debates, como es el caso de su apartado 8, el cual generó una confusión al comenzar su redacción con la palabra “excepcionalmente”. Aunque dicha cuestión fue aclarada por el Tribunal Supremo, recientemente fue casada una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid por denegar

la custodia compartida alegando que era un régimen excepcional, en contra de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Por tanto, es necesaria una reforma del artículo 92, para que el legislador incluya aquellos criterios que deben tenerse en cuenta a la hora de adoptar el régimen de guarda y custodia más adecuado para el menor y que hasta ahora se encargó de fijar el Tribunal Supremo.

4. Sería también interesante plantearse una reforma del apartado 7 del artículo 92 en cuanto a las causas de denegación de la guarda y custodia compartida, al haber generado el mismo dos cuestiones de inconstitucionalidad debido a que se entiende que su redacción actual, al ser tan tajante, no permite que se analice el interés del menor independientemente de que entre los progenitores exista un proceso penal en marcha.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

ESPÍN ALBA, I.: “Custodia compartida y mejor interés del menor. Criterios de atribución de la custodia compartida en la doctrina jurisprudencial del tribunal supremo”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm 21, 2019.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C: “Criterios de atribución de la custodia compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Octubre de 2009”, Indret, *Revista para el análisis del Derecho*, núm 3/2010, 2010.

- “La Custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial”, Indret, *Revista para el análisis del Derecho*, núm 2/2008, 2008.

IGLESIAS MARTÍN, C.R: *La custodia compartida. Hacia una corresponsabilidad parental en plano de igualdad*, 1ª ed, Ed. Tirant lo Blanch, 2019.

MARTINEZ CALVO, J.: *La Guarda y Custodia*, 1ª ed., Ed.Tirant lo Blanch, 2019.

- “Incidencia de la edad del menor en la determinación del régimen de custodia. Comentario a la STS de España, num 182/2018, de 4 de abril (RJ 2018, 1 1 82)”. *Revista Boliviana de Derecho*, num 28, 2019.

## **6. JURISPRUDENCIA CONSULTADA**

### **-TRIBUNAL SUPREMO**

STS (Sala de lo Civil) de 26 de septiembre de 2023 (rec.num 1302/2023) (ECLI:ES:TS:2023:3830).

STS (Sala de lo Civil) de 7 de julio de 2022 (rec.num. 545/2022) (ECLI:ES:TS:2022:2783).

STS (Sala de lo Civil) de 20 de diciembre de 2021 (rec. núm. 870/2021) (ECLI:ES:TS:2021:4950).

STS (Sala de lo Civil) de 27 de julio de 2021 (rec.num 577/2021) (ECLI:ES:TS:2021:3299).

STS (Sala de lo Civil) de 17 de enero de 2019 (rec.num 32/2019) (ECLI:ES:TS:2019:49).

STS (Sala de lo Civil) de 18 de abril de 2018 (rec.num 230/2018).

STS (Sala de lo Civil) de 10 de enero de 2018 (rec.num 4/2018).

STS (Sala de lo Civil) de 19 de octubre de 2017 (rec.num 566/2017).

STS (Sala de lo Civil) de 17 de enero de 2017 (rec.num 23/2017) (ECLI:ES:TS:2017:161).

STS (Sala de lo Civil) de 11 de febrero de 2016 (rec.num 51/2016) (ECLI:ES:TS:2016:437).

STS (Sala de lo Civil) de 20 de octubre de 2014 (rec.num 413/2014) (ECLI:ES:TS:2014:4233).

STS (Sala de lo Civil) de 25 de noviembre de 2013 (rec.num 758/2013)  
(ECLI:ES:TS:2013:5710).

STS (Sala de lo Civil) de 29 de abril de 2013 (rec.num. 257/2013)  
(ECLI:ES:TS:2013:2246).

STS (Sala de lo Civil) de 22 de julio de 2011 (rec.num. 579/2011)  
(ECLI:ES:TS:2011:4924).

STS (Sala de lo Civil) de 10 de marzo de 2010 (rec.núm. 94/2010)  
(ECLI:ES:TS:2010:962).

STS (Sala de lo Civil) de 8 de octubre de 2009 (rec. núm.623/2009)  
(ECLI:ES:TS:2009:5969).

#### **-AUDIENCIA PROVINCIAL**

SAP de 24 de octubre de 2019 (rec.num 434/2019) (ECLI:ES:APTF:2019:2783).

SAP de 30 de abril de 2015 (rec.num 270/2015) (ECLI:ES:APB:2015:3684).

SAP de Madrid de 18 de octubre de 2004 (rec.num 826/2004)  
(ECLI:ES:APM:2004:14778).

SAP de Córdoba de 16 de diciembre de 2003 (rec.num. 521/2003)  
(ECLI:ES:APCO:2003:1713).

SAP de 10 de mayo de 2000 (rec.num 217/2000) (ECLI:ES:APMU:2000:1294).

SAP de 22 de abril de 1999 (rec.num.379/1999) (ECLI:ES:APV:1999:2299).