

LIBRO DE FAMILIA

REVISTA JURÍDICA DE DERECHO DE FAMILIA

JUNIO 2017. Nº 5

ASOCIACIÓN DE JUECES Y MAGISTRADOS FRANCISCO DE VITORIA

DIRECCIÓN: NATALIA VELILLA ANTOLÍN

COORDINACIÓN: ALFONSO ALIAGA CASANOVA



Visítanos en   www.ajfv.es

INDICE DE CONTENIDOS

LA CUSTODIA COMPARTIDA: 46 CUESTIONES PRÁCTICAS

Monográfico elaborado por **Alfonso Carlos Aliaga Casanova**,
Magistrado Juez en el Juzgado de Primera Instancia número dos de
Orihuela (Alicante)

1	INTRODUCCIÓN.....	3
2	CUESTIONARIO PRÁCTICO.....	5
2.1	El régimen de custodia compartida como el normal y deseable.....	5
2.2	Aspectos procesales sobre la custodia compartida.....	9
2.3	Criterios a valorar para tomar la decisión sobre si procede adoptar la custodia compartida ...	17
2.3.1	Interés del menor.....	17
2.3.2	Criterios generales a valorar.....	19
2.3.3	Mantenimiento del “status quo”.....	21
2.3.4	Salida civilizada del hogar familiar de un progenitor.....	21
2.3.5	Conflictividad entre progenitores.....	22
2.3.6	Falta de diálogo.....	24
2.3.7	Violencia de género y otros ilícitos penales.....	26
2.3.8	Deslocalización.....	30
2.3.9	Distancia geográfica.....	31
2.3.10	Edad de los hijos.....	32
2.3.11	Dedicación profesional y apoyo familiar.....	34
2.3.12	Enfermedad sobrevenida de uno de los progenitores.....	35
2.4	Medidas a adoptar cuando se acuerda el régimen de custodia compartida.....	36
2.4.1	Orientaciones generales.....	36
2.4.2	Tiempos de estancia.....	38
2.4.3	Atribución del uso de la vivienda familiar.....	40
2.4.4	Pensión de alimentos.....	46
3	BIBLIOGRAFÍA.....	48

LA CUSTODIA COMPARTIDA: 46 CUESTIONES PRÁCTICAS

ALFONSO C. ALIAGA CASANOVA

Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 2

Orihuela (Alicante)

VOCES: Custodia compartida, interés del menor, conflictividad, falta de diálogo, distancia geográfica, tiempos de estancia, uso de la vivienda familiar, pensión de alimentos

El objeto de presente artículo, presentado en forma de cuestionario práctico, radica en hacer un repaso de la reciente doctrina fijada por el Tribunal Supremo sobre la custodia compartida. Se analizan los criterios que, a juicio del Alto Tribunal, deben valorarse para determinar si la custodia compartida es el régimen más adecuado al caso concreto y más beneficioso para el menor, así como los parámetros que deben ponderarse para concretar las medidas que, en caso de optar por dicho régimen, deben regir en materias tales como tiempos de estancia con progenitores, atribución del uso de la vivienda o pensión de alimentos.

1 INTRODUCCIÓN

Desde que la Ley 30/1981, de 7 julio, introdujo el divorcio en nuestro ordenamiento, han tenido que pasar más de veinte años para que el Código Civil, en el ámbito del derecho común, contenga una mención expresa a la custodia compartida. Concretamente, dicha regulación se introdujo por la Ley 15/2005, de 8 julio, que dio la redacción actual al artículo 92 del Código civil.

El tenor de dicho artículo se ha revelado claramente insuficiente, y parece generalizada la opinión de que existe la necesidad de promulgar una ley estatal que contenga una regulación más completa de la custodia compartida. Tres

fundamentales razones se apuntan para defender la necesidad de dicha ley: en primer lugar, la transformación social y nuevos roles del padre y de la madre en la familia española; en segundo lugar, la desigualdad de trato entre ciudadanos de unas y otras Comunidades Autónomas del Estado, puesto que cuatro Comunidades Autónomas con derecho civil o foral propio, en concreto, Aragón, Cataluña, Navarra y País Vasco, regulan la custodia compartida, y todas ellas menos Navarra, en caso de desacuerdo de los progenitores, fijan el sistema de custodia compartida como el régimen de convivencia preferente¹; y por último, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha realizado una interpretación del art. 92 Ccivil adaptándolo a la realidad social del tiempo en que se aplica, siendo lógico que la nueva ley recogiera dicha doctrina jurisprudencial².

Nuestro Tribunal Supremo, ha apostado claramente por la custodia compartida considerándolo el régimen más deseable y beneficioso para el menor. De hecho, actualmente como señala O´CALLAGHAM MUÑOZ³ no hay que probar la conveniencia de la custodia compartida, sino probar que en el caso concreto, no procede.

Es más, el Alto Tribunal insiste especialmente en que su doctrina sobre la custodia compartida debe ser seguida por todos los jueces y tribunales, puesto que como señala la [STS de 29 de marzo de 2016 \(ROJ: STS 1291/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1291\)](#) apartarse de la misma “pone en evidente riesgo la seguridad jurídica de un sistema necesitado una solución homogénea por parte de los Tribunales a los asuntos similares”

¹ Para un resumen comparativo de la legislación autonómica en la materia, véase SEISDEDOS MUIÑO, Ana, “La custodia compartida en el Código Civil y en la legislación autonómica” Cuadernos Digitales de Formación N° volumen: 53 Año: 2015, Consejo General del Poder Judicial.

² Sobre las razones de la necesidad de una ley de custodia compartida, véase GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, “La necesidad de una completa regulación de dos cuestiones trascendentales en la futura Ley estatal de custodia compartida”, LA LEY Derecho de familia n° 11, julio-septiembre 2016, Editorial Wolters Kluwer

³ O´CALLAGHAM MUÑOZ, Xavier, “Custodia compartida. Vigencia y práctica en el Código Civil. Aplicación jurisprudencial”, LA LEY Derecho de familia n° 11, julio-septiembre 2016, Editorial Wolters Kluwer

Con el objeto de facilitar el conocimiento de dicha doctrina jurisprudencial sobre la materia, de obligado acatamiento por todos los operadores jurídicos, nos aventuramos a realizar un cuestionario práctico que, en primer lugar, nos ayude a profundizar sobre los distintos criterios a tener en cuenta a la hora de determinar si el régimen de custodia compartida es el más adecuado, en el caso concreto, para el interés del menor; y, en segundo lugar, si consideramos que debemos optar por dicho régimen, nos facilite algunas herramientas prácticas para poder fijar las medidas concretas que deben regir el mismo adaptándolas a las circunstancias del caso.

Al analizarse la doctrina del TS, excede del ámbito de este estudio el análisis de la legislación de derecho foral sobre la materia.

2 CUESTIONARIO PRÁCTICO

2.1 El régimen de custodia compartida como el normal y deseable

Pregunta 1.- ¿Es preciso el informe favorable del Ministerio Fiscal para acordar la custodia compartida en caso de desacuerdo de los padres?

No es preceptivo el informe favorable, puesto que pese a que el art.92.8 Ccivil, en caso de desacuerdo de los padres, indica que es preciso informe favorable del Ministerio Fiscal, dicho inciso de “favorable” ha sido declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional, puesto que limita la potestad jurisdiccional que permite al juez valorar si, en el caso concreto, dicho régimen de custodia compartida es el más beneficioso para el menor. Así, la STC de 17 de octubre de 2012 (ROJ: STC 185/2012 - ECLI:ES:TC:2012:185) señala que *“el número 8 del art. 92 del Código civil es una norma de carácter excepcional, como expresamente lo advierte el precepto, porque la custodia compartida descansa en el principio general de existencia de acuerdo entre los progenitores (número 5 de ese mismo art. 92), de modo que cuando no exista dicho consenso únicamente podrá imponerse si concurren los presupuestos normativos....Precisamente porque una custodia compartida impuesta judicialmente debe ser excepcional conforme a la normativa vigente o, lo que es igual, porque debe obligarse a los progenitores a ejercerla*

conjuntamente sólo cuando quede demostrado que es beneficiosa para el menor, de modo que dicha decisión no puede quedar sometida al parecer único del Ministerio Fiscal, impidiéndose al órgano judicial valorar sopesadamente el resto de la prueba practicada.

Con todo lo dicho hasta aquí, no es difícil deducir que, en aquellos casos en los que el Ministerio público emita informe desfavorable, no puede impedir una decisión diversa del Juez, pues ello limita injustificadamente la potestad jurisdiccional que el art. 117.3 CE otorga con carácter exclusivo al Poder Judicial...

En conclusión, ha de afirmarse que la previsión normativa que exige el informe favorable del Ministerio Fiscal ex art. 92.8 CC debe ser declarada contraria a lo dispuesto en el art. 117.3 CE , pues corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar el régimen excepcional y, en el caso de que así sea, valorar si, en el marco de la controversia existente entre los progenitores, debe o no adoptarse tal medida.”

Pregunta 2.- ¿Debe interpretarse el término “excepcionalmente” previsto en el art. 92.8 Ccivil en el sentido de que el régimen de custodia compartida es una excepción a la regla general de la custodia individual?

La excepcionalidad del art. 92.8 Ccivil debe entenderse en sentido de falta de acuerdo de los progenitores, pero no en el sentido de que el régimen de custodia compartida sea algo excepcional; por el contrario, se trata del régimen normal y más deseable para el interés del menor.

En este sentido, la [STS de 22 de julio de 2011 \(ROJ: STS 4924/2011 - ECLI:ES:TS:2011:4924 \)](#) aclaró 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 Art. 92.8 CC 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". De aquí que no resulta necesario concretar el significado de la

"excepcionalidad", a que se refiere el Art. 92.8 CC , ya que en la redacción del artículo aparece claramente que viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla."

Posteriormente, la [STS de 29 de abril de 2013 \(ROJ: STS 2246/2013 - ECLI:ES:TS:2013:2246 \)](#), que da un giro copernicano en pro de la custodia compartida, señaló que: "la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea."

Pregunta 3.- ¿Por qué razones la custodia compartida es el régimen más deseable para los menores?

Con la custodia compartida se trata de mantener el mismo régimen de cooperación en el ejercicio de la responsabilidad parental existente antes de la ruptura y superar el modelo de custodia individual que reduce el papel del padre a una figura protocolaria, que desincentiva la relación padre- hijos⁴.

Así, la [STS de 19 de julio de 2013 \(ROJ: STS 4082/2013 - ECLI:ES:TS:2013:4082 \)](#) indica que "El interés del menor exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos

⁴ Estudios comparativos de la custodia compartida-custodia individual, han concluido que la calidad en general de las relaciones progenitor-hijo se determina como mejor en la custodia compartida. Los hijos bajo custodia compartida fueron encontrados con un ego y un superego más potentes, y con una autoestima mayor que los chicos bajo custodia monoparental. Los chicos bajo custodia compartida fueron encontrados menos excitables y menos impacientes; igualmente los más satisfechos con el tiempo que pasaban con cada uno de sus padres. Los padres en custodia compartida resultaron ser los más involucrados con sus hijos y menos desbordados por sus responsabilidades parentales que los que ejercen custodia monoparental. Así lo indica HERNANDO RAMOS, Susana, en "Custodia compartida, ventajas y problemas que plantea. Posición del Ministerio Fiscal", Cuadernos Digitales de Formación N° volumen: 8 Año: 2014 N° páginas: 33, Consejo General del Poder Judicial.

que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel". En la misma línea, podemos citar la [STS de 02 de julio de 2014 \(ROJ: STS 2650/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2650 \)](#) que señala que "Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos."

Últimamente, es muy frecuente que las sentencias del TS resuman los beneficios de la custodia compartida del siguiente modo:

"Con el sistema de custodia compartida:

- a) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.
- b) Se evita el sentimiento de pérdida.
- c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.
- d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia." (por todas, [STS de 16 de septiembre de 2016 \(ROJ: STS 4089/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4089 \)](#)

Pregunta 4.- ¿La evolución de la jurisprudencia del TS hacia la custodia compartida como régimen normal y deseable se puede considerar cambio de circunstancias a efectos de instar un procedimiento de modificación de medidas?

La [STS de 25 de noviembre de 2013 \(ROJ: STS 5710/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5710 \)](#), permite considerar la evolución jurisprudencial sobre la custodia compartida como cambio de circunstancias relevante a tales efectos, al señalar que "A la vista de lo expuesto es razonable declarar que se ha producido un cambio de circunstancias extraordinario y sobrevenido (art. 91 C. Civil) tras la jurisprudencia citada del Tribunal Constitucional (TC), de la que esta Sala se ha hecho eco, hasta el punto de establecer que el sistema de custodia compartida debe

considerarse normal y no excepcional, unido ello a las amplias facultades que la jurisprudencia del TC fijó para la decisión de los tribunales sobre esta materia, sin necesidad de estar vinculados al informe favorable del Ministerio Fiscal. Complementario de todo ello es la reforma del C. Civil sobre la materia y la amplia legislación autonómica favorecedora de la custodia compartida, bien sabido que todo cambio de circunstancia está supeditado a que favorezca al interés del menor.”

Pregunta 5.- ¿El hecho de que la custodia compartida sea el régimen normal y deseable implica que deba adoptarse en todo caso? ¿Debe motivarse la decisión al respecto?

Como señala la [STS de 9 de mayo de 2017 \(ROJ: STS 1786/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1786 \)](#) “*la manifestación general a favor de establecer el régimen de custodia compartida no implica que siempre deba adoptarse tal régimen, pues es preciso atender al caso concreto (entre otras, sentencia 748/2016 de 21 diciembre)”*

Precisamente, por ello, la sentencia debe contener la motivación que lleva al juzgador a decidir, en el caso concreto, la procedencia o no de fijar el régimen de custodia compartida. En este sentido, la [STS de 30 de diciembre de 2015 \(ROJ: STS 5687/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5687 \)](#) señala que “*La doctrina de la Sala en casos en que se discute la guarda y custodia compartida es reiterada en el sentido que en estos recursos solo puede examinarse si el Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda (SSTS 614/2009, de 28 septiembre , 623/2009, de 8 octubre , 469/2011, de 7 julio 641/2011, de 27 septiembre y 154/2012, de 9 marzo , 579/2011, de 22 julio 578/2011, de 21 julio y 323/2012, de 21 mayo).”*

2.2 Aspectos procesales sobre la custodia compartida

Pregunta 6.- ¿Es necesaria la petición de uno de los progenitores para acordar la custodia compartida?

A diferencia de la regulación de determinadas Comunidades Autónomas, el tenor literal del art. 92 Ccivil exige la petición de uno de los progenitores para acordar la custodia compartida. Así, la [STS de 15 de junio de 2016 \(ROJ: STS 2877/2016 – ECLI:ES:TS:2016:2877\)](#) indica que *“un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos de los progenitores: si la piden ambos, se aplicará el párrafo quinto, y si la pide uno solo y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo octavo, resulta conveniente para el interés del niño, podrá establecerse este sistema de guarda. El Código civil, por tanto, exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse.*

No obsta a lo anterior lo dicho en nuestra sentencia 614/2009, de 28 septiembre , porque si bien es cierto que, de acuerdo con lo establecido en el Art. 91 CC , el Juez debe tomar las medidas que considere más convenientes en relación a los hijos, en el sistema del Código civil para acordar la guarda y custodia compartida debe concurrir esta petición. Este sistema está también recogido en el Art. 80 del Código del Derecho foral de Aragón (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo). Ciertamente existen otras soluciones legales, como la contemplada en el Art. 5.1 y 2 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat valenciana, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, pero no es precisamente lo que determina el Código Civil.»

Pregunta 7.- ¿Junto con la petición de la custodia compartida debe aportarse un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes?

La jurisprudencia exige la aportación de un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes con la finalidad de poder valorar si la custodia compartida es el régimen más ventajoso para los menores. Así, la [STS de 15 de octubre de 2014 \(ROJ: STS 3900/2014 - ECLI:ES:TS:2014:3900 \)](#) determina que *“Obligación de los padres es no solo interesar este sistema de guarda, bajo el principio de contradicción, sino concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas que integre con hechos y pruebas los*

distintos criterios y la ventajas que va a tener para los hijos una vez producida la crisis de la pareja, lo que no tiene que ver únicamente con la permanencia o no de los hijos en un domicilio estable, sino con otros aspectos referidos a la toma de decisiones sobre su educación, salud, educación y cuidado; deberes referentes a la guarda y custodia, periodos de convivencia con cada progenitor; relación y comunicación con ellos y régimen de relaciones con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, algunas de ellas más próximas al cuidado de los hijos que los propios progenitores; todo ello sobre la base debidamente acreditada de lo que con reiteración ha declarado esta Sala sobre la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales”

La no presentación del mencionado plan contradictorio determina, en ocasiones, que no se acuerde la custodia compartida al no permitir valorar si es el régimen más beneficioso para el menor en el caso concreto. En este sentido, la [STS de 05 de diciembre de 2016 \(ROJ: STS 5285/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5285 \)](#) en un caso en que “no se aporta un plan contradictorio” concluye que “*La ausencia de elementos probatorios y fundamentadores de la custodia compartida impide que esta sala pueda aceptar su instauración, en el presente caso, al desconocer si es la propuesta más conveniente para el interés de los menores (art. 92 del C. Civil).*”. Tal exigencia es especialmente relevante en los casos en que existe ya un régimen de custodia individual funcionando bien. Así, la [STS de 9 de mayo de 2017 \(ROJ: STS 1786/2017 - ECLI: ES:TS:2017:1786\)](#) señala que “*El criterio de la sentencia recurrida, por lo demás, es coherente con la doctrina de esta sala mantenida en las sentencias 638/2016, de 26 de octubre y 722/2016, de 5 de diciembre , que consideran que, para modificar una situación de guarda que funciona bien, quien solicita la custodia compartida debe concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes, que integre los distintos criterios y las ventajas que va a tener para el hijo (vivienda, toma de decisiones sobre educación, salud, cuidado, deberes referentes a la guarda, periodos de convivencia con cada uno, relaciones y comunicación con ellos y sus parientes y allegados, algunos de*

ellos más próximos al cuidado del menor que los propios progenitores). En el caso, ante la falta de datos y de valoración de la prueba sobre las ventajas que para la niña tendría el cambio de su situación actual, no puede considerarse criterio suficiente para adoptar la custodia compartida la buena relación entre el padre y la niña.”

Pregunta 8.- ¿Puede ocurrir que el plan propuesto, como por ejemplo de pernocta de dos días intersemanales con el padre, no es adecuado para una custodia compartida y no acordarse la misma por ello?

Nuestro TS en supuestos en que el plan propuesto para regir la custodia compartida era de pernocta de dos días intersemanales con el padre, ha considerado que dicho régimen más que propio de la custodia compartida era un régimen de custodia individual y ha denegado la custodia compartida. Baste citar, al respecto, la STS de 03 de mayo de 2016 (ROJ: STS 1901/2016 – ECLI:ES:TS:2016:1901) que razona de la siguiente forma “*Si se atiende a las necesidades intersemanales de los menores, tanto personales como escolares, en función de la edad actual de los mismos, el régimen propuesto de pernocta de dos días intersemanales con el padre, no es el más propicio para un régimen de guarda y custodia compartida, por compadecerse más con un régimen monoparental con amplitud de comunicación y visitas para el custodio.*

Si se acude al régimen de guarda y custodia compartida ha de ser para que los menores tengan estabilidad alternativa con ambos progenitores, sin verse sujetos a situaciones incómodas en sus actividades escolares, extraescolares o personales, durante la semana.

En atención a lo razonado el motivo no puede prosperar, en el buen entendimiento de que no se niega el régimen de custodia compartida por ser per se desfavorable para el interés de los menores, sino por no ser favorable para los mismos el plan propuesto y el modo de articular aquella.”

Pregunta 9.- ¿En relación a la carga de la prueba, es preciso probar que es perjudicial la custodia compartida para negar su aplicación?

Desde época reciente se ha considerado por el Tribunal Supremo la custodia compartida como idónea e incluso más favorable en interés del menor, salvo que se pruebe que es perjudicial. La doctrina jurisprudencial advierte que se ha de acreditar que en el caso concreto no es factible, para negar su aplicación⁵. En este sentido, [la STS de 29 de marzo de 2016 \(ROJ: STS 1291/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1291 \)](#) indica que *“La sentencia no solo desconoce la jurisprudencia de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, sino que más allá de lo que recoge la normativa nacional e internacional sobre el interés del menor, resuelve el caso sin una referencia concreta a este, de siete años de edad, manteniendo la guarda exclusiva de la madre y dejando vacío de contenido el artículo 92 CC en tanto en cuanto de los hechos probados se desprende la ausencia de circunstancias negativas que lo impidan, pues ninguna se dice salvo que funciona el sistema de convivencia instaurado en la sentencia de divorcio.”*

Pregunta 10,- ¿Es posible la suspensión del procedimiento de familia por someterse las partes a mediación?

El artículo 770 regla 7^a habilita a las partes a solicitar conjuntamente la suspensión del proceso para someterse a mediación. Si se trata de un procedimiento de mutuo acuerdo, el documento conteniendo el acuerdo final alcanzado en mediación deberá acompañarse a la demanda (art. 777.2 LEC). En ambos casos los acuerdos que afecten a los hijos menores deberán ser homologados judicialmente.

Como señala LÓPEZ JARA, *“Si la mediación puede ser una solución al enquistamiento que suele producirse en un proceso de familia tras la ruptura de la pareja permitiendo a las partes afectadas alcanzar, por sí mismas, una solución al conflicto que las enfrenta, en mayor medida resultará útil a la hora de acordar el ejercicio conjunto de la guarda y custodia y, sobre todo, determinar la forma y*

⁵ De tal opinión, O´CALLAGHAM MUÑOZ, Xavier, en *“Custodia compartida. Vigencia y práctica en el Código Civil. Aplicación jurisprudencial”*, LA LEY Derecho de familia nº 11, julio-septiembre 2016, op. cit.

contenido de su ejercicio gracias a la posibilidad de comunicación facilitada por el mediador, al margen del proceso judicial.”⁶

Pregunta 11.- ¿Son preceptivos los informes de los equipos psicosociales para acordar la custodia compartida?

Señala la [STS de 7 de marzo de 2017 \(ROJ: STS 851/2017 – ECLI:ES:TS:2017:851\)](#) que “*el hecho de que no se hubiese emitido informe psicosocial, ... siendo conveniente en estos casos, no se constituye en requisito imprescindible en el art. 92.6 y 9 del C. Civil.*”

Pregunta 12.- ¿ La ausencia de informes psicosociales puede tenerse en cuenta a la hora de motivar la concesión o no de la custodia compartida?

En la jurisprudencia del TS, encontramos supuestos en que la ausencia de informes psicosociales se ha valorado como un elemento adicional tanto para denegar la custodia compartida al desconocerse si el régimen es el más adecuado al menor, como para acordar la custodia compartida al no acreditarse que sea perjudicial para el menor. Así, la [STS de 05 de diciembre de 2016 \(ROJ: STS 5285/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5285 \)](#) fundamenta el rechazo de la custodia compartida del siguiente modo: “*En primer lugar debemos declarar, que en autos no se han practicado pruebas psicosociales y/o exploraciones de los menores, que pudieran aportar luz sobre las capacidades y aptitudes de los progenitores y sobre las inquietudes de los menores. Estas pruebas fueron propuestas por el padre y denegadas en las dos instancias, sin que se haya interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal. (...)*

La ausencia de elementos probatorios y fundamentadores de la custodia compartida impide que esta sala pueda aceptar su instauración, en el presente caso, al desconocer si es la propuesta más conveniente para el interés de los menores (art. 92 del C. Civil).” Por el contrario, la [STS de 17 de febrero de 2017 \(ROJ: STS 474/2017 – ECLI:ES:TS:2017:474\)](#) razona de la siguiente manera: “*En*

⁶ LÓPEZ JARA, Manuel, “Aspectos procesales de la guarda y custodia compartida”, LA LEY Derecho de familia n° 11, julio-septiembre 2016, Editorial Wolters Kluwer

la sentencia recurrida se desarrollan tres argumentos para rechazar la custodia compartida:

1. La distancia entre domicilios, sin más justificación.
2. La ausencia de informe del Fiscal.
3. La inexistencia de informe psicosocial.

Esta sala debe declarar:

1. Sí hubo intervención del Ministerio Fiscal.
2. Efectivamente no se emitió informe psicosocial, en ninguna de las instancias, pero dicho informe fue solicitado en segunda instancia y rechazado por la Audiencia Provincial, contra cuya resolución se interpuso recurso de reposición que también fue desestimado por auto de 10 de septiembre de 2014.” Y acuerda la custodia compartida “no constando causa que desaconseje el sistema de custodia compartida, procede establecerlo, de acuerdo con el art. 92 del C. Civil .”

Pregunta 13.- ¿En el caso de que existan informes psicosociales está el juez vinculado por el sentido de los mismos?

Sin perjuicio, de reconocer la importancia de los informe psicosociales, la jurisprudencia entiende que los mismos deben valorarse conforme las reglas de la sana crítica igual que el resto de informes periciales. Indica la reciente [STS de 12 de mayo de 2017 \(ROJ: STS 1792/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1792\)](#) que “Tiene declarado la sala que las conclusiones del informe psicosocial deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal, cual ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales, si bien la sala no es ajena a la importancia y trascendencia de este tipo de informes técnicos (SSTS de 18-1-2011, Rc. 1728/2009 ; 9-9-2015, Rc. 545/2014 ; 135/2017 , de 28 de febrero).”

Pregunta 14.- ¿Es preceptiva la audiencia de los menores mayores de 12 años o con suficiente juicio para acordar la custodia compartida?

Específicamente para la determinación del régimen de guarda y custodia, el artículo 92.6 CC condiciona la audiencia de los menores que tengan suficiente juicio a que «se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros

del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor»; en parecidos términos, el art. 770. 4ª LEC señala que “Si el procedimiento fuere contencioso y se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oirá a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años”. Por el contrario, el art. 9 LOPJM establece con carácter imperativo la necesidad de oír al menor de mayor de 12 años y al menor de dicha edad que tenga suficiente juicio. La contradicción entre dicha regulación ha sido resuelto por nuestro Alto Tribunal en el sentido de que es imperativa la audiencia al menor en los procedimientos que le afectan si son mayores de 12 años o tienen suficiente juicio, debiendo motivar el juzgador los casos en que no se acuerde la audición. Así, la [STS de 7 de marzo de 2017 \(ROJ: STS 851/2017 – ECLI:ES:TS:2017:851\)](#) señala que “En relación a la falta de exploración de la hija, esta sala se ha pronunciado con reiteración respecto a la necesidad de ser oído el menor en los procedimientos que directamente les afectan. La sentencia de 20 de octubre de 2014 establece lo siguiente: «La aparente contradicción entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, viene a ser aclarada por la Ley del Menor y por el Convenio sobre Derechos del Niño, en el sentido de que cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el juez de oficio. En este mismo sentido la sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de junio de 2005 .

»Para que el juez o tribunal pueda decidir no practicar la audición, en aras al interés del menor, será preciso que lo resuelva de forma motivada» .

La falta de audiencia del menor cuando tenga suficiente madurez y que no venga motivada en aras del interés del menor, deerminará la nulidad de actuaciones. Así lo acuerda el TS en la anterior sentencia citada “retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia para que antes de resolver sobre la guarda y custodia de la hija, se oiga a esta de forma adecuada a su situación y a su desarrollo evolutivo, cuidando de preservar su intimidad”.

Pregunta 15.- ¿La fijación de régimen de custodia individual mutuamente aceptada por las partes en las medidas provisionales impide adoptar la custodia compartida en la sentencia definitiva del pleito principal?

Se descarta que sea un impedimento, por la premura con que se adoptó la decisión en las medidas provisionales. Así, la [STS de 16 de septiembre de 2016 \(ROJ: STS 4089/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4089\)](#) indica que: *“No es determinante ni concluyente que el padre accediese a la custodia de la madre, en medidas provisionales, pues ello es una mera medida cautelar, que se conviene por la premura de la situación, sin perjuicio de lo cual en la contestación a la demanda planteó la custodia compartida”*

2.3 Criterios a valorar para tomar la decisión sobre si procede adoptar la custodia compartida

2.3.1 Interés del menor

Pregunta 16.- ¿Qué interés debe prevalecer a la hora de decidir sobre el régimen más adecuado: el interés del menor o el de los progenitores?

En la interpretación del art. 92 Ccivil el TS ha reiterado que *“el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este”*.- [STS de 27 de abril de 2012 \(ROJ: STS 2908/2012 - ECLI: ES:TS:2012:2908\)](#)-

Por ello, siempre debe prevalecer el interés del menor frente a los intereses de los progenitores. Así, la reciente [STS de 7 de marzo de 2017 \(ROJ: STS 849/2017 - ECLI:ES:TS:2017:849\)](#) reitera la doctrina al respecto con el siguiente tenor literal: *“La doctrina de esta sala ha insistido en manifestar que en los procedimientos sobre adopción del régimen de guarda y custodia compartida, es el interés del menor el que se ha de proteger con carácter primordial. Así, la sentencia de 8 de octubre de 2008 afirmaba que «el Código Civil contiene una cláusula abierta que obliga al juez a acordar esta modalidad siempre en interés del menor, después de los procedimientos que deben seguirse según los diferentes supuestos en que*

puede encontrarse la contienda judicial, una vez producida la crisis de pareja». El interés del menor debe de prevalecer siempre frente a los intereses de sus progenitores. Como esta sala ha reiterado (sentencias, entre otras, de 10 octubre 2010 y 11 febrero 2011) lo que importa garantizar o proteger con este procedimiento es el interés del menor, de modo que todos los requerimientos establecidos en el artículo 92 CC han de ser interpretados con esta única finalidad. De ahí que las relaciones entre los cónyuges sólo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor» (sentencia de 22 de julio de 2011, Rec. 813/2009).”

Pregunta 17.- ¿Prevalece el interés del menor incluso sobre el principio de igualdad de derechos de los progenitores?

La mencionada [STS de 7 de marzo de 2017 \(ROJ: STS 849/2017 - ECLI:ES:TS:2017:849\)](#), recogiendo la doctrina al respecto, precisa que el interés del menor prevalece también sobre el principio de igualdad de derechos de los progenitores al señalar que *“Incluso el interés del menor debe prevalecer sobre el principio de igualdad de derechos entre los progenitores y así lo viene a decir la sentencia de esta sala de 27 de septiembre de 2011 (Rec. 1467/2008) que se expresa en los siguientes términos:*

«La guarda compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores. La norma que admite la guarda y custodia compartida no está pensada para proteger el principio de igualdad entre ambos progenitores, porque la única finalidad que persigue es que se haga efectiva la mejor forma de procurar la protección del interés del menor, exigencia constitucional establecida en el art. 39.2 CE , cuyo párrafo tercero, al mismo tiempo, impone a los progenitores la obligación de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, con independencia de si están o no casados y de si conviven o no con el menor. El régimen de esta asistencia siempre deberá tener en cuenta estos criterios, porque en cada uno de los casos lo que debe decidir el juez es cuál será el mejor régimen de protección del hijo, según sus circunstancias y las de sus progenitores, según los criterios que ha venido manteniendo esta Sala en sentencias 579/2011, 578/2011 y 469/2011 , entre las más recientes».”

Pregunta 18.- ¿Qué debe entenderse por interés del menor?

A la hora de determinar en qué consiste el interés del menor, hemos de atender como criterio interpretativo a lo determinado por la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, pues como señala la [STS de 17 de marzo de 2016 \(ROJ: STS 1164/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1164\)](#) *“El concepto de interés del menor, ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, no aplicable por su fecha a los presentes hechos, pero sí extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido de que «se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares», se protegerá «la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas»; se ponderará «el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo»; «la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten...» y a que «la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara.»*

2.3.2 Criterios generales a valorar

Pregunta 19.- ¿Existe en nuestro ordenamiento estatal una lista de criterios que permitan al Juez determinar, en cada caso concreto, qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el régimen de custodia compartida como el más beneficioso para el interés del menor?

Nuestro Código civil no contiene una enumeración de criterios a valorar para determinar o no la procedencia de la custodia compartida. Sin embargo, tal lista de criterios ha sido elaborada por nuestra jurisprudencia. Entre las sentencias paradigmáticas que enumeran tales criterios podemos mencionar la [STS de 08 de octubre de 2009 \(ROJ: STS 5969/2009 - ECLI:ES:TS:2009:5969 \)](#) que señala que: *“A diferencia de lo que ocurre en el derecho francés (Art.373-2-11 Code civil, modificado por la ley 2002-305, de 4 marzo 2002) o en la Children Act 1989 inglesa , el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta*

para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. Otros sistemas, como los American Law Institute Principles of the Law of Family Dissolution ha fundado en la dedicación de cada uno de los progenitores a la atención y cuidado del menor antes de la ruptura, teniendo en cuenta el ligamen emocional entre cada uno de los progenitores y el menor o las aptitudes de cada uno de ellos en relación con dicho cuidado. Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; 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. ”. Y la [STS de 29 de abril de 2013 \(ROJ: STS 2246/2013 - ECLI:ES:TS:2013:2246 \)](#), que sienta doctrina al respecto al indicar que “El interés casacional que ha permitido la formulación de este recurso exige casar la sentencia de la Audiencia provincial, en cuanto desestima la demanda en contra de la doctrina de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, pese a mantener la medida acordada, y sentar como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los artículos 92, 5 , 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurran criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; 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, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que

sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea.”

2.3.3 Mantenimiento del “status quo”

Pregunta 20.- ¿ La estabilidad del sistema previo de custodia exclusiva de la madre es suficiente motivo para acordar el mantenimiento del “status quo” y denegar la custodia compartida?

Señala la [STS de 28 de enero de 2016 \(ROJ: STS 149/2016 - ECLI:ES:TS:2016:149 \)](#) que “la estabilidad que tiene el menor en situación de custodia exclusiva de la madre, con un amplio régimen de visitas del padre, no es justificación para no acordar el régimen de custodia compartida.”; por ello, para justificar la denegación de la custodia compartida no basta valorar las ventajas del mantenimiento del status quo, sino que es preciso analizar las circunstancias que desaconsejan, en el caso concreto, acordar la custodia compartida. Por ello, la [STS de 16 de septiembre de 2016 \(ROJ: STS 4089/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4089 \)](#) estima el recurso acordando la custodia compartida en la medida que “la sentencia recurrida se infringe la doctrina jurisprudencial pues no analiza la necesidad o no de la custodia compartida, sino que se limita a valorar las ventajas del mantenimiento del status quo .”

2.3.4 Salida civilizada del hogar familiar de un progenitor

Pregunta 21.- ¿La salida civilizada de uno de los progenitores del hogar familiar implica aceptación de la custodia a favor del otro progenitor?

La [STS de 14 de octubre de 2015 \(ROJ: STS 4165/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4165 \)](#) da respuesta negativa a la anterior pregunta al indicar que “*La salida civilizada de uno de los progenitores de la vivienda familiar (propiedad de ella) no puede calificarse jurídicamente como aceptación de la guarda y custodia por el otro progenitor.*”

2.3.5 Conflictividad entre progenitores

Pregunta 22.- ¿La discrepancia de los progenitores en la forma en que debe acordarse la custodia de los hijos es suficiente para denegar la custodia compartida?

La respuesta a dicho interrogante es negativa en nuestra jurisprudencia. En este sentido, la [STS de 09 de septiembre de 2015 \(ROJ: STS 3707/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3707 \)](#) expresamente indica que *“la mera discrepancia sobre el sistema de custodia no puede llevar a su exclusión”*

Pregunta 23.- ¿La mala relación entre los progenitores basta para denegar la custodia compartida?

En primer lugar, es cierto que la custodia compartida lleva como premisa una relación de mutuo respeto de los progenitores. En este sentido la [STS de 30 de octubre de 2014 \(ROJ: STS 4342/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4342 \)](#) señala que *“Esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la 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.”*

Sin embargo, nuestro Alto Tribunal considera que en una situación de crisis familiar, es frecuente la existencia de ciertos desencuentros entre las partes y de cierta tensión. Afirma la [STS de 11 de febrero de 2016 \(ROJ: STS 437/2016 - ECLI:ES:TS:2016:437 \)](#) que *“el hecho de que los progenitores no se encuentren en buena armonía es una consecuencia lógica tras una decisión de ruptura conyugal, pues lo insólito sería una situación de entrañable convivencia”*; añadiendo la [STS de 27 de junio de 2016 \(ROJ: STS 3145/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3145 \)](#) que *“ello no empecé a que la existencia de desencuentros, propios de la crisis matrimonial, no autoricen per se esté régimen de guarda y custodia, a salvo que afecten de modo relevante a los menores en perjuicio de ellos.”*

Por ello, concluye el TS que las malas relaciones entre los progenitores sólo son relevantes cuando afecten perjudicándolo el interés del menor. En este sentido, la [STS de 22 de julio de 2011 \(ROJ: STS 4924/2011 - ECLI:ES:TS:2011:4924 \)](#) señala que *“las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor”* Por ello, la [STS de 16 de octubre de 2014 \(ROJ: STS 4240/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4240\)](#) entiende que no procede excluir la custodia compartida si *“la tensa situación que concurre entre los cónyuges no consta que sea de un nivel superior al propio de la situación de una crisis conyugal”*

Así, por ejemplo, en la ya citada [STS de 12 de mayo de 2017 \(ROJ: STS 1792/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1792\)](#) un caso de discrepancia entre los progenitores sobre si el menor debía acudir o no al comedor escolar, el Alto Tribunal no aprecia un conflicto de suficiente entidad para denegar la custodia compartida y señala que *“Las diferencias sobre si las menores deben acudir o no al comedor escolar cuando se encuentran bajo la custodia del padre, no pasan de ser una divergencia razonable (sentencia 96/2015, de 16 de febrero), pero sin entidad o relevancia como para influir en un régimen de guarda que les resulta beneficioso”*.

Pregunta 24.- ¿ La búsqueda sistemática de enfrentamiento por la madre que pretende la custodia en exclusiva puede por sí sola justificar la denegación de la custodia compartida?

En principio, el hecho de que la madre que pretende la custodia en exclusiva busque el enfrentamiento constante con el padre, sin que se aprecie en éste motivos para tales enfrentamientos, no bastará por sí sólo para denegar la custodia compartida, puesto que para los menores será más beneficioso mantener el contacto con ambos progenitores. En este sentido, la [STS de 22 de diciembre de 2016 \(ROJ: STS 5537/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5537 \)](#) indica que *“En la resolución recurrida se considera que las relaciones sin ser idílicas no son obstaculizadoras, máxime cuando la búsqueda sistemática del enfrentamiento por una de las partes, no puede ser causa de denegación del sistema de custodia compartida, al perjudicar el interés del menor, que precisa de atención y cuidado de*

ambos progenitores, razón por la que no puede entenderse que haya una valoración ilógica de la prueba practicada (art. 24 CE), máxime cuando ni se concreta ni justifica por qué dicho déficit de comunicación se imputa al padre (sentencia 369/2016 de 3 de junio).”

2.3.6 Falta de diálogo

Pregunta 25.- ¿Es preciso acreditar la capacidad de diálogo de los progenitores para acordar la custodia compartida?

Nuestra jurisprudencia, pese a exigir habilidades para el diálogo en los progenitores para acordar la custodia compartida, presume la existencia de tales habilidades mientras no se pruebe lo contrario.

Así, la [STS de 11 de febrero de 2016 \(ROJ: STS 437/2016 - ECLI:ES:TS:2016:437\)](#) indica que *“Para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en los litigantes, al no constar lo contrario.”*

Precisamente, por ello, para que la falta de diálogo determine la denegación de la custodia compartida se exige que se acredite que alcance un alto nivel de conflicto que haga perjudicial la misma para el interés del menor. En este sentido, la [STS de 03 de junio de 2016 \(ROJ: STS 2617/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2617\)](#) acuerda la custodia compartida porque no se ha acreditado que el déficit de comunicación sea imputable al padre ni alcance un nivel elevado al señalar que *“Sentadas estas bases que propician la adopción del sistema de custodia compartida, hemos de determinar en qué sentido la falta de comunicación desaconsejaría el sistema de custodia compartida.*

En la sentencia recurrida no se concreta el nivel de falta de comunicación, ni porqué atribuye la custodia a la madre ante dicha falta de comunicación.

La falta de diálogo, que no consta, en este caso, que llegue al extremo de conflicto, no debe ser causa directa para la atribución de la custodia a la madre o al padre, dado que se habrá de concretar la motivación de la decisión.

Ante la falta de comunicación se atribuye, en la sentencia recurrida, la custodia a la madre, sin concretar y justificar porqué dicho déficit de comunicación se imputa al padre, razones todas ellas que nos llevan a la adopción del sistema de custodia compartida, al constar la aptitud de ambos, su mutua implicación en la educación y desarrollo de su hijo y por gozar los dos de las capacidades necesarias para poder superar sus mutuos recelos, en beneficio de su hijo.”

Pregunta 26.- ¿En qué casos la falta de comunicación entre los progenitores alcanza nivel relevante para denegar la custodia compartida?

Para que la falta de comunicación determine la denegación de la custodia compartida, debe alcanzar un nivel relevante que permita deducir la falta de capacidad de diálogo entre los progenitores. En este sentido, el TS en determinadas circunstancias ha entendido acreditada la falta de habilidades para el diálogo cuando los progenitores sólo se comunicaban por SMS o whatsapps. Así, la [STS de 21 de septiembre de 2016 \(ROJ: STS 4099/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4099 \)](#) reza que “*debemos declarar que entre los progenitores no existe un mínimo de capacidad de diálogo, pues como se deduce del informe psicosocial, tras la separación, continuaron residiendo en la vivienda conyugal, de forma independiente y pese a ello solo se comunicaban por SMS.*”

*Esta falta de diálogo, hace desaconsejable, por ahora la adopción de un sistema de custodia compartida, dado que en este sistema de custodia es preciso mantener conversaciones respetuosas y fluidas, en beneficio del menor.”; y de forma similar la [STS de 30 de diciembre de 2015 \(ROJ: STS 5687/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5687 \)](#) da por buena la fundamentación de la sentencia recurrida que señalaba que “*todavía no se ha apreciado una superación de la situación de conflictividad entre los progenitores, que no cabe duda que se ha visto reducida en su intensidad, siendo evidente que hay una falta de comunicación,**

entendimiento y cooperación, siendo que el único medio de comunicación entre ellos es a través de whassapps" .”

2.3.7 Violencia de género y otros ilícitos penales

Pregunta 27.- ¿Qué ocurre cuando alguno de los progenitores comete contra el otro algún ilícito penal no comprendido entre los tipos previstos expresamente en el art. 92.7 Ccivil y que no se puede calificar de violencia de género?

El art. 92.7 Ccivil preceptúa que *“No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por 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. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.”*

En los casos en que se comete un ilícito penal por un progenitor contra otro que no puede incluirse en uno de los tipos mencionados en dicho artículo ni calificarse como violencia de género, si constituye un indicio de violencia o situación conflictiva entre los progenitores nos permitirá denegar la custodia compartida. Pero si por el tipo de ilícito penal o la levedad del mismo, como en caso de algunas faltas de coacciones o injurias de la anterior redacción del código penal, se valora que no constituyen fundamento suficiente para entender que la relación entre los padres sea de tal enfrentamiento que imposibilite un cauce de diálogo, ello no impide la custodia compartida.

En relación a esta cuestión podemos citar las siguientes SSTS, con el tenor que se indica a continuación:

- [STS de 07 de abril de 2011 \(ROJ: STS 2005/2011 - ECLI:ES:TS:2011:2005 \).](#)
En un caso de falta de amenazas y coacciones del padre indica que *“Es verdad que el delito por el que fue condenado el ahora recurrente no está incluido en la lista contenida en la primera parte del párrafo séptimo del art. 92 CC , pero sí*

puede constituir un indicio de violencia o de situación conflictiva entre los cónyuges, en cuyo caso, la ley declara que no procede la guarda conjunta.”

- [STS de 16 de febrero de 2015 \(ROJ: STS 615/2015 - ECLI:ES:TS:2015:615 \)](#).
En un caso de falta de coacciones a la madre señala “*se debe concluir que no se ha respetado la doctrina casacional, por lo que procede la estimación del motivo de recurso de casación, dado que las razones que se esgrimen para desaconsejar la custodia compartida, no constituyen fundamento suficiente para entender que la relación entre los padres sea de tal enfrentamiento que imposibilite un cauce de diálogo.*”

En primer lugar, la condena por coacciones de la Sra. Justa , no supone demérito alguno para el Sr. Camilo . En segundo lugar, las discrepancias por el colegio del menor y sus consecuencias económicas suponen una divergencia razonable.

Para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en dos profesionales, como los ahora litigantes.”

- [STS de 25 de abril de 2016 \(ROJ: STS 1790/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1790 \)](#).
Deniega la custodia compartida razonando de la siguiente forma: “*debemos declarar que en la sentencia recurrida, bien por sí, o por asunción de la detallada sentencia del Juzgado, se hace un análisis preciso de las circunstancias concurrentes desde la óptica de la necesaria protección del interés del menor.*”

En base a ello se declaró en la instancia que:

1. *El padre no podía atender debidamente al menor.*
2. *La tensa situación de la pareja, unido a una condena penal por injurias.*
3. *Escasa espontaneidad del menor en la exploración, al estar mediatizado, por el padre.*

Estos tres elementos de juicio se consideran razonables para denegar la custodia compartida, al no resultar este, en este caso, el sistema más adecuado.”

Pregunta 28.- ¿Qué se debe entender por estar incurso en un procedimiento penal de los tipos previstos en el art. 92.7 CCivil? ¿Significa lo mismo que la expresión existir indicios fundados de un delito prevista para los delitos de violencia de género a los efectos de denegar la custodia compartida?

A mi juicio, para considerar que un progenitor está incurso en procedimiento penal no basta estar simplemente denunciado o querellado y citado como investigado para declarar, sino que hace falta una resolución que implique una declaración de indicios racionales de criminalidad contra el mismo como puede ser un auto de procedimiento abreviado, auto de procesamiento o auto con orden de protección. Entender lo contrario, podría dar lugar al riesgo de denuncias falsas para eludir custodia compartida. De hecho, el Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de Nulidad, Separación y Divorcio, aprobado el 24 de julio de 2014 (actualmente paralizado) hablaba de que se hubiera dictado *“resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad”*. Pero lo cierto, es que el tenor literal del art. 92.7 Ccivil no deja de plantear dudas interpretativas, y algunos autores consideran que en aras de respetar el principio de presunción de inocencia, elevado al rango de derecho fundamental en el art. 24.2 CE (27) , para el caso de que no se hubiese procedido a la inhibición por parte del Juez que esté conociendo del proceso de divorcio a favor del Juez de Violencia de Género por no darse los requisitos establecidos en los artículos 87 ter 3 LOPJ, en relación con el artículo 49 bis LEC, procede la suspensión del procedimiento civil de divorcio hasta tanto se depure la responsabilidad penal del progenitor a quien se impute el delito.⁷

⁷ De tal parecer, UREÑA CARAZO, Belen, “La conflictividad entre los progenitores como criterio de atribución de la custodia compartida. Especial referencia a la violencia de género”, LA LEY Derecho de familia nº 11, julio-septiembre 2016, Editorial Wolters Kluwer

La [STS de 26 de mayo de 2016 \(ROJ: STS 2304/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2304\)](#) descarta la custodia compartida en un caso en que consta un auto de incoación de procedimiento abreviado en el que se concretan los indicios existentes de violencia doméstica *“partiendo de delito sometido a enjuiciamiento y de las actitudes del padre, ejerciendo una posición irrespetuosa de abuso y dominación, es impensable que pueda llevarse a buen puerto un sistema de custodia compartida que exige, como la jurisprudencia refiere un mínimo de respeto y actitud colaborativa”*

Pregunta 29.- ¿La condena por delito de violencia de género con orden de alejamiento excluye la custodia compartida en todo caso?

La respuesta a dicho interrogante es claramente positiva, pues así se deduce de lo dispuesto por el legislador en el art. 92.7 Ccivil, y porque la condena revela una posición de abuso y dominación incompatible con la custodia compartida, tal y como señalaba la citada [STS de 26 de mayo de 2016 \(ROJ: STS 2304/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2304\)](#); pero además, porque revela un riesgo para los hijos, y la orden de alejamiento y prohibición de comunicación impide el mínimo intercambio de información necesario para que prospere la custodia compartida.

Así, la [STS de 04 de febrero de 2016 \(ROJ: STS 188/2016 - ECLI:ES:TS:2016:188\)](#) indica que los hechos indiscutidos de violencia en el ámbito familia tienen una *“evidente repercusión en los hijos, que viven en un entorno de violencia, del que son también víctimas, directa o indirectamente, y a quienes el sistema de guarda compartida propuesto por el progenitor paterno y acordado en la sentencia les colocaría en una situación de riesgo por extensión al que sufre su madre, directamente amenazada”*.

En la misma línea, la [STS de 17 de enero de 2017 \(ROJ: STS 161/2017 - ECLI:ES:TS:2017:161 \)](#) precisa que *“la condena del esposo por amenazar a su pareja y a la familia de ésta y la prohibición de comunicación, impiden la adopción del sistema de custodia compartida, dado que el mismo requiere una relación*

razonable que permita el intercambio de información y un razonable consenso en beneficio de los menores, que aquí brilla por su ausencia”.

Pregunta 30.- ¿Se puede considerar que hay cambio de circunstancias relevante a los efectos de una modificación de medidas en los casos en que el padre sea finalmente absuelto en un procedimiento penal por un delito de violencia de género denunciado por la madre?

La [STS de 13 de abril de 2016 \(ROJ: STS 1638/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1638 \)](#) responde de forma positiva a dicha cuestión al indicar que *“No menos importante a la hora de valorar el cambio de circunstancias es que el padre fue absuelto del delito de maltrato habitual y amenazas, por los que le denunció su esposa. Con anterioridad se habían archivado diligencias penales en las que le denunciaba por abuso contra la menor, resolución que fue confirmada por la Audiencia Provincial, en base a la pericial de los expertos del Juzgado y exploraciones de la menor, llevadas a cabo por el Juez de Instrucción. Dicha absolución constituye un cambio significativo de la circunstancias, dado que fue uno de los elementos que motivaron la denegación de la custodia compartida, por aplicación del art. 92.7 del C. Civil. Por lo expuesto debemos estimar el recurso por infracción de la doctrina jurisprudencial, acordando el sistema de custodia compartida, dada la capacitación de los padres, su implicación, la vinculación de la hija con ambos progenitores y la proximidad de los domicilios”*

2.3.8 Deslocalización

Pregunta 31.- ¿La deslocalización es un criterio válido para descartar la custodia compartida?

La supuesta “deslocalización” o efecto del “niño maleta” supone alegar que el trasiego de un domicilio a otro implica para el menor una pérdida de referencia estabilizadora que puede influir en el rendimiento escolar (olvidos de material escolar, anotaciones en los libros etc.) o en sus relaciones con sus compañeros que dudarán o ignorarán en qué domicilio localizarle.

La [STS de 07 de julio de 2011 \(ROJ: STS 4824/2011 - ECLI:ES:TS:2011:4824 \)](#) recuerda la doctrina jurisprudencial que señala la deslocalización como criterio descartable para denegar la custodia compartida al indicar que *“la STS de esta Sala de 11 marzo 2010 rechazó el criterio de la “ deslocalización” de los niños para no aplicar la guarda y custodia compartidas, por ser los cambios de domicilio una consecuencia inherente a este tipo de guarda, que hay que decidir precisamente cuando los padres han acordado no vivir juntos.”*

Lógicamente, ello no implica que no se deba procurar que el menor continúe estudiando en el mismo Colegio o Instituto, conserve sus amistades o y realice las mismas actividades de ocio de antes, con la finalidad de mantener el referente estabilizador del entorno habitual del menor. Si este entorno habitual no se mantiene mínimamente, procedería la denegación de custodia compartida propuesta si se entendiera que, en el caso concreto, perjudica el interés superior del menor⁸.

2.3.9 Distancia geográfica

Pregunta 32.- ¿La distancia geográfica entre los progenitores justifica la denegación de la custodia compartida?

La distancia geográfica entre el domicilio de los progenitores puede justificar la denegación de la custodia compartida, si la lejanía de los domicilios puede perjudicar el interés del menor, por ejemplo si afecta a los períodos de sueño por los desplazamientos que deba realizar al ir al colegio.

Así, la [STS de 01 de marzo de 2016 \(ROJ: STS 797/2016 - ECLI:ES:TS:2016:797 \)](#), en caso de domicilios sitios en Cádiz y Granada, descarta la custodia compartida porque *“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*

⁸ Así lo indica PINTO ANDRADE, Cristobal, La custodia compartida en la práctica judicial, 2ª Edición año 2017, en <https://www.jurisprudenciaderechofamilia.com/ebooks/>

obligatoria, razones todas ella que motivan la denegación del sistema de custodia compartida. Ciertamente el recurrente se comprometió a trasladar su domicilio, pero alabando la buena voluntad del mismo, ello no depende solo de su propio impulso sino que requiere la consolidación del cambio residencial, pues no se aprecia una clara posibilidad de obtención de trabajo en Granada, por lo que estaríamos ante una mera expectativa, cuando menos, incierta”

Igualmente, la [STS de 21 de diciembre de 2016 \(ROJ: STS 5532/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5532 \)](#), rechaza la custodia compartida, en un caso de distancia de 50 km, *“por suponer una alteración de la vida normal de la menor, sobre todo cuando ya alcanza edad escolar, ya que ambos progenitores residen en poblaciones que distan entre sí unos cincuenta kilómetros y ello supondría que en semanas alternas la menor habría de recorrer esa considerable distancia para desplazarse al colegio.”*

Sin embargo, la [STS de 17 de febrero de 2017 \(ROJ: STS 474/2017 - ECLI:ES:TS:2017:474 \)](#), en un caso en que los domicilios de los progenitores estaban respectivamente, en Madrid y Coslada, con una distancia entre ambos de unos 15 km, se concede la custodia compartida valorando que *“la distancia entre las localidades en que residen los progenitores de los menores (Madrid-Coslada) es escasa, especialmente para una metrópoli como Madrid.”*

2.3.10 Edad de los hijos

Pregunta 33.- ¿ La corta edad de los hijos es motivo suficiente para denegar la custodia compartida?

Como señala PINTO ANDRADE⁹, aunque en determinadas fechas tuvo su peso la doctrina denominada “Tender years Doctrine” (Doctrina de los años tiernos) que considera nociva la custodia compartida en niños de corta edad, pues se resalta el papel de la madre como irremplazable en los primeros años de vida y se considera al padre como una figura secundaria. Recientes estudios lo contradicen, alegando

⁹ Véase en este sentido PINTO ANDRADE, Cristobal, La custodia compartida en la práctica judicial, 2ª Edición año 2017, en <https://www.jurisprudenciaderechofamilia.com/ebooks/>

que el contacto frecuente (aunque sean cortos) es aún más necesario en edades tempranas, en vista que se tiene menos desarrollada la memoria a largo plazo y se corre el riesgo de que haya un retroceso en las relaciones paterno-filiales. Así, pues, el factor de la escasa “edad del menor”, no debe impedir por sí sólo la custodia compartida, sino que dicho dato fáctico fundamentalmente debe valorarse a la hora elegir los tiempos de estancia con los progenitores en la custodia compartida.

No obstante, la corta edad del menor si se ha tenido en cuenta para denegar la custodia compartida en alguna resolución judicial de nuestro Alto Tribunal; pero cuando ello ocurre, concurren otros factores adicionales que justifican que el régimen de custodia compartida no es el más adecuado. Así, la ya citada [STS de 7 de marzo de 2017 \(ROJ: STS 849/2017 - ECLI:ES:TS:2017:849\)](#) señala que “No obstante, hay que tener en cuenta que la sentencia de apelación se remite a los argumentos de la sentencia de primera instancia, en la cual se alude al hecho de que el informe pericial obrante en autos no considera aconsejable un régimen de custodia compartida de la menor dado el actual apego a la madre, de modo que quedaría comprometido el propio interés de la menor que podría resultar perjudicado cuando no existe acuerdo entre los progenitores y sí un importante grado de conflictividad. No se niega que el padre pueda prestar una adecuada atención a la menor de acuerdo con sus circunstancias personales y laborales, pero la niña ha permanecido más tiempo en el entorno materno debido a su mayor disponibilidad horaria, como refleja el informe psicosocial, lo que según la juzgadora de primera instancia -opinión que es ratificada por la Audiencia justifica la atribución de la guarda y custodia la madre atendiendo a la corta edad de la menor y al encontrarse la madre en mejor posición para el ejercicio de dicha función. Se atiende para ello a distintos factores como su horario laboral, los apoyos socio laborales con los que cuenta y por haber sido ella la principal encargada del cuidado y crianza de la niña siendo en la actualidad la madre quien aporta seguridad a la menor, por lo que lo aconsejado es el mantenimiento de la guarda y custodia atribuida a la madre con un amplio régimen de visitas para el padre.”

Pregunta 34.- ¿En los casos de edad avanzada de los menores, tiene más relevancia su opinión a la hora de conceder o no la custodia compartida?

Evidentemente, cuanto más próximo están los menores a la mayoría de edad más relevancia tiene su opinión a la hora de elegir el régimen de custodia compartida, sin perjuicio de valorar el resto de circunstancias concurrentes.

Así, recientemente, la [STS, Civil sección 1 del 12 de mayo de 2017 \(ROJ: STS 1790/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1790 \)](#) en una demanda de modificación de medidas en que se solicita pasar de la custodia exclusiva de la madre a la custodia compartida, valora especialmente la opinión del menor próximo a la mayoría de edad al señalar que *“En la sentencia recurrida, como dijimos, se valoró el informe psicosocial y la exploración de los menores para llegar a la conclusión de que lo más favorable para ellos era permanecer con su madre, sin perjuicio de un amplio régimen de visitas, lo que no consta que sea contrario al interés de los menores, máxime si tenemos en cuenta su edad, próxima a la mayoría de edad (art. 92 del C. Civil), por lo que se han de desestimar estos motivos en cuanto se solicita la custodia compartida, al no infringirse la doctrina jurisprudencial (sentencia 426/2013 de 17 de junio y 530/2015 de 25 de septiembre , entre otras).”*

2.3.11 Dedicación profesional y apoyo familiar

Pregunta 35.- ¿El apoyo familiar se puede valorar como un factor positivo a favor de la custodia compartida, supliendo en determinados casos las ausencias de los progenitores por motivos laborales?

La alta dedicación profesional de uno de los padres o horario laboral puede ser causa de denegación si le impiden hacerse cargo de los hijos los días que le corresponden, sin perjuicio de valorar las circunstancias del caso (apoyo de familia extensa -abuelos, etc-, cuidadores etc). Ahora bien, tal ayuda familiar debe ser tal y no mera sustitución de la figura del progenitor, sumamente ocupado laboralmente, en la atención del menor¹⁰.

¹⁰ Sobre este asunto y la respuesta al respecto por la jurisprudencia menor véase PINTO ANDRADE, Cristobal, La custodia compartida en la práctica judicial, 2ª Edición año 2017, en <https://www.jurisprudenciaderechofamilia.com/ebooks/>

Así, la [STS de 17 de febrero de 2017 \(ROJ: STS 474/2017 - ECLI:ES:TS:2017:474\)](#) valora de forma positiva la ayuda familiar a la hora de conceder la custodia compartida al señalar que: “*En la sentencia recurrida se desarrollan tres argumentos para rechazar la custodia compartida:*

1. *La distancia entre domicilios, sin más justificación.*
2. *La ausencia de informe del Fiscal.*
3. *La inexistencia de informe psicosocial.*

Esta sala debe declarar:

1. *Sí hubo intervención del Ministerio Fiscal.*
2. *Efectivamente no se emitió informe psicosocial, en ninguna de las instancias, pero dicho informe fue solicitado en segunda instancia y rechazado por la Audiencia Provincial, contra cuya resolución se interpuso recurso de reposición que también fue desestimado por auto de 10 de septiembre de 2014.”*

Y acuerda la custodia compartida “no constando causa que desaconseje el sistema de custodia compartida, procede establecerlo, de acuerdo con el art. 92 del C. Civil.”

2.3.12 Enfermedad sobrevenida de uno de los progenitores

Pregunta 36.- ¿En el caso de que exista ya acordada una custodia compartida, puede tener relevancia la enfermedad sobrevenida de un progenitor a fin de acordar la modificación de medidas y otorgar la custodia exclusiva al otro progenitor?

Lógicamente, habrá que valorar las circunstancias del caso y determinar si dicha enfermedad realmente impide al progenitor enfermo atender debidamente las necesidades de los menores y es perjudicial para los menores continuar con la custodia compartida; puesto que si no se acreditan tales desventajas para el interés del menor no procederá el cambio de custodia.

Así, la [STS de 22 de febrero de 2017 \(ROJ: STS 576/2017 - ECLI:ES:TS:2017:576 \)](#) indica que “No se aprecia en el caso la existencia de un cambio relevante en las circunstancias que, en su día, se tuvieron en cuenta para establecer -por acuerdo de los progenitores- el régimen de la guarda y custodia compartida. La enfermedad del recurrente -trastorno depresivo- no supone un dato relevante que comporte una modificación de circunstancias que deba hacer variar el régimen, cuando la propia Audiencia ha establecido un amplio régimen de visitas y estancias de los menores con el padre, lo que pone de manifiesto que no considera que impida llevar a cabo las tareas de guarda y atención de los mismos de forma adecuada.”

2.4 Medidas a adoptar cuando se acuerda el régimen de custodia compartida

2.4.1 Orientaciones generales

Pregunta 37.- ¿Existen algunas pautas u orientaciones generales fijadas por la jurisprudencia a tener en cuenta con carácter general para fijar las medidas sobre períodos de estancia, convivencia y alimentos de los menores en el caso de acordar el régimen de custodia compartida?

El TS a la hora de resolver los recursos de casación, pese a estimar que procede la custodia compartida, en determinados asuntos considera que no tiene conocimiento suficiente de las circunstancias del caso para concretar las medidas en relación con períodos de estancia, convivencia y alimentos. En tales casos, se deja a la ejecución de sentencia la concreción tales medidas, pero el Alto Tribunal da unas pautas generales para acordarlas, orientaciones que en algunos puntos pueden ser útiles al resto de juzgados y tribunales en los casos que haya que fijarla en sentencia de primera o segunda instancia.

La [STS de 28 de enero de 2016 \(ROJ: STS 149/2016 - ECLI:ES:TS:2016:149 \)](#), indica que “Al carecer de conocimientos sobre las circunstancias fácticas de este caso que han podido cambiar después de la presentación de la demanda (el día 1 de septiembre de 2011) hasta la resolución de

este recurso, se deja a la ejecución de esta sentencia la determinación de los periodos de estancia, convivencia y alimentos de los menores con cada uno de los progenitores, y en su caso vivienda, si bien se establecen las siguientes bases:

1ª.- Se primará el acuerdo entre ambas partes.

2ª.- Se procurará que la convivencia con cada progenitor sea lo menos distorsionadora posible en relación a la escolarización del niño.

3ª.- El progenitor que no tenga consigo al hijo y durante el período de convivencia con el otro progenitor, gozará de un amplio derecho de visitas.

4ª.- Estas medidas se tomarán previa audiencia de los progenitores y del Ministerio Fiscal.”

Al carecer de conocimientos sobre las circunstancias fácticas de este caso que han podido cambiar después de la presentación de la demanda hasta la resolución de este recurso, se deja a la ejecución de esta sentencia la determinación de los periodos de estancia, convivencia y alimentos de los menores con cada uno de los progenitores, si bien se establecen las siguientes bases:

En parecidos términos, la [STS de 02 de julio de 2014 \(ROJ: STS 2650/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2650 \)](#) señala las siguientes pautas “1ª Se procurará que la convivencia con cada progenitor sea lo menos distorsionadora posible en relación a la escolarización de los niños.

2ª El progenitor que no tenga consigo a los hijos y durante el período de convivencia con el otro progenitor, gozará de un amplio derecho de visitas.

3ª No se podrá separar a los dos hermanos.

4ª Se establecerá la contribución de cada progenitor a los alimentos de los menores, en el que deberá computarse la atribución del uso del domicilio que fue conyugal y la dedicación personal de cada progenitor a la atención y cuidado de los hijos.

5ª Estas medidas se tomarán previa audiencia de los progenitores y del Ministerio Fiscal”

Pautas que se repiten, pero sin mencionar el amplio derecho de visitas, en la reciente [STS de 28 de febrero de 2017 \(ROJ: STS 709/2017- ECLI:ES:TS:2017:709\).](#)

2.4.2 Tiempos de estancia

Pregunta 38.- ¿Qué criterios deben seguirse a la hora de fijar los tiempos de estancia de los hijos con cada progenitor?

El “Informe Reencuentro” realizado por la Asociación de Padres de Familia Separados en 2002, siguiendo el modelo de la institución estadounidense Children’s Rights Council (Consejo de los Derechos del Niños) proponía, atendiendo a la edad del menor la siguiente guía orientativa:

EDAD	FRECUENCIA DEL CONTACTO CON AMBOS PADRES
Menos de 1 año	Una parte de cada día
De 1 a 2 años	Días alternos
De 2 a 5 años	Intervalos de dos días
De 5 a 9 años	Alternancia semanal, con visitas intermedias
Más de 9 años	Alternancia semanal, sin visitas intermedias

Este informe parte del hecho de que ciertos estudios psicológicos consideran que los niños pequeños, de 0 a 5 años, tienen una memoria a largo plazo muy limitada por lo que su forma de entender el tiempo también lo está, de forma que una mayor frecuencia es la mejor forma de garantizar el apego al progenitor que no ostente la custodia¹¹.

Sin embargo, no procede dar unas pautas fijas y habrá que estar a las circunstancias del caso, atendiendo especialmente a lo que determinen los informes psicosociales en su caso, sin perjuicio procurar en la medida de lo posible el acuerdo entre las partes.

¹¹ PINTO ANDRADE, Cristobal, La custodia compartida en la práctica judicial, op. cit., quien cita a su vez a TRABAZO ARIS, Victoria; en <http://gabinetedepsicologia.com/ante-la-separacion-%C2%BFcual-es-el-mejor-regimen-devisitas-para-mi-hijo-psicologos-madrid-tres-cantos>

Parece oportuno, sin embargo, que el reparto de tiempos distinga las estancias de carácter ordinario durante las etapas de calendario escolar, y las estancias en períodos vacacionales generales de los hijos y de los progenitores, por la mayor disponibilidad temporal de los segundos.

Especialmente, a partir de la edad de los tres años, que se comienza la educación infantil, parece que la estancia semanal es el modo de reparto más usual, sin perjuicio, de introducir si estima oportuno hasta los seis años visitas intersemanales sin pernocta. Señala MESSÍA DE LA CERDA que *“La estancia semanal se caracteriza por ser el modo de reparto, quizás, más conveniente para todos los interesados porque conjuga cierta estabilidad con la satisfacción de los intereses laborales y emocionales de los progenitores”*¹². A mi juicio, la duración semanal también facilita la frecuencia del contacto con ambos progenitores, de forma que no se pierda el apego con ninguno de ellos. No obstante, pueden valorarse las circunstancias del caso para fija otra estancia temporal superior.

Nuestro Alto Tribunal ha optado usualmente por dicha estancia semanal en ciertas ocasiones en que ha tenido que pronunciarse; así, la [STS de 16 de septiembre de 2016 \(ROJ: STS 4089/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4089 \)](#), en un caso de un niño de 8 años fija el siguiente reparto de tiempo:

“3.º- El reparto del tiempo se hará, en un principio, atendiendo a principios de flexibilidad y al mutuo entendimiento entre los progenitores. 4.º-A falta de acuerdo, el reparto del tiempo de custodia será semanal, siendo el día de intercambio el lunes que el progenitor que ostente la custodia dejará al menor en el centro escolar, haciéndose ya cargo esa semana el otro progenitor y así sucesivamente de forma alternada. 5.º- Si fuese festivo el lunes el progenitor que ha de hacer la entrega del niño lo dejará en el domicilio del otro. 6.º- Los períodos vacacionales escolares de verano, Semana Santa y Navidad, serán por mitad entre los progenitores, pudiendo elegir el período concreto, a falta de acuerdo, los años pares el padre y los impares la madre.”

¹² MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús A., “El reparto de los tiempos de estancia de los hijos menores con los progenitores en los casos de custodia compartida”, LA LEY Derecho de familia n° 11, julio-septiembre 2016, Editorial Wolters Kluwer

Igualmente, el TS se muestra poco propicio a distribuciones de tiempo, como las visitas intersemanales con pernocta, cuando se asemejen más a un régimen de custodia exclusiva con amplios períodos de visita. Así, la [STS de 20 de septiembre de 2016 \(ROJ: STS 4092/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4092 \)](#) indica que *“Esta sala, abordando una situación similar a la ahora planteada, ha dicho en reciente sentencia de 3 mayo 2016 (Rec. 1099/2015) lo siguiente: «Si se atiende a las necesidades intersemanales de los menores, tanto personales como escolares, en función de la edad actual de los mismos, el régimen propuesto de pernocta de dos días intersemanales con el padre, no es el más propicio para un régimen de guarda y custodia compartida, por compadecerse más con un régimen monoparental con amplitud de comunicación y visitas para el custodio. Si se acude al régimen de guarda y custodia compartida ha de ser para que los menores tengan estabilidad alternativa con ambos progenitores, sin verse sujetos a situaciones incómodas en sus actividades escolares, extraescolares o personales, durante la semana»”.*

2.4.3 Atribución del uso de la vivienda familiar

Pregunta 39.- ¿ Existe alguna regulación legal para la atribución del uso de la vivienda familiar en casos de custodia compartida en el territorio del derecho común? ¿Se puede aplicar alguna normativa de forma analógica?

En el ámbito de derecho común, a diferencia de la regulación de las legislaciones autonómicas, no existe una regulación expresa de la atribución de la vivienda familiar en caso de custodia compartida. Los hijos menores ya no residirá habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitará en el domicilio de cada uno de los progenitores, no existiendo ya una residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a la menor y al padre o madre que con ella conviva, pues ya la residencia no es única.

Por ello, el Alto Tribunal ha fijado que se aplicará por analogía el art. 96.2 Ccivil que implica que se atenderá:

1º Al interés más necesitado de protección, “que no es otro que aquel que permite compaginar los períodos de estancia de los hijos con sus dos padres (STS de 24 de octubre de 2014). Ahora bien, existe un interés sin duda más prevalente (STS de 15 de marzo de 2013) que es el de los menores a una vivienda adecuada a sus necesidades, que conforme a la regla dispuesta en el art. 96 CC, se identifica con la que fue vivienda familiar hasta la ruptura del matrimonio”. [STS de 12 de mayo de 2017 \(ROJ: STS 1896/2017 - ECLI: ES:TS:2017:1896\)](#)

2º Si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece un tercero, con la posibilidad de establecer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la prevista en el 96.3 Ccivil para matrimonio sin hijos.

La reciente [STS de 12 de mayo de 2017 \(ROJ: STS 973/2017-ECLI:ES:TS:2017:973\)](#) recoge la doctrina fijada por el Alto Tribunal en la materia al señalar que:

“La doctrina de esta sala es reiterada en el sentido siguiente:

(i) «el artículo 96 establece como criterio prioritario, a falta de acuerdo entre los cónyuges, que el uso de la vivienda familiar corresponde al hijo y al cónyuge en cuya compañía queden, lo que no sucede en el caso de la custodia compartida al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos; supuesto en el que la norma que debe aplicarse analógicamente es la del párrafo segundo que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver "lo procedente". Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero. En ambos casos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos, y que no sería posible

en el supuesto del párrafo primero de la atribución del uso a los hijos menores de edad como manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC» (sentencias 593/2014, 24 de octubre; 434/2016, 27 de junio, 522/2016, 21 de julio, entre otras).

(ii) «esta Sala, al acordar la custodia compartida, está estableciendo que los menores ya no residirán habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitarán en el domicilio de cada uno de los progenitores, no existiendo ya una residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a los menores y al padre o madre que con él conviva, pues ya la residencia no es única, por lo que de acuerdo con el art. 96.2 C. Civil, aplicado analógicamente, a la vista de la paridad económica de los progenitores, se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un año, computable desde la fecha de la presente sentencia con el fin de facilitar a ella y a los menores (interés más necesitado de protección), la transición a una nueva residencia (STS 9 de septiembre de 2015; rec. 545 de 2014), transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales» (sentencias 658/2015, 17 de noviembre de 2015, 51/2016, 11 de febrero de 2016, 215/2016, 6 de abril, 110/2017, 17 de febrero, entre otras).»

Pregunta 40.- ¿En casos de custodia compartida, se ajusta a la doctrina jurisprudencial del Alto Tribunal atribuir el uso de la vivienda familiar a un progenitor y a los hijos en cuya compañía queden hasta que adquieran independencia económica?

Tal solución no es posible en caso de custodia compartida. La citada [STS de 12 de mayo de 2017 \(ROJ: STS 973/2017-ECLI:ES:TS:2017:973\)](#) indica las razones por la que tal posibilidad ha sido denegada por la jurisprudencia:

“En primer lugar, no tiene en cuenta que se ha establecido un régimen de guarda y custodia compartida, y no una guarda exclusiva, que concluye con la mayoría de edad de las hijas y que impone una solución diferente respecto del uso de la vivienda familiar, que permita compaginar los periodos de estancia de las

hijas con sus progenitores, y ello nada tiene que ver con la atribución que hace del uso de la que hasta entonces fue vivienda. En segundo lugar, no es posible atribuir el uso de la vivienda a los hijos y al progenitor en cuya compañía queden, como si estuviéramos en el caso de una custodia exclusiva del apartado 1.º del artículo 96 del Código Civil, y no en el de una guarda y custodia compartida, ni extender el uso de la vivienda hasta que las hijas menores «adquieran independencia económica», como si siguieran viviendo con su madre a partir de la mayoría de edad.

La mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyó el uso, dice la sentencia de 11 de noviembre 2013, «deja en situación de igualdad a marido y mujer ante este derecho, enfrentándose uno y otro a una nueva situación que tiene necesariamente en cuenta, no el derecho preferente que resulta de la medida complementaria de guarda y custodia, sino el interés de superior protección, que a partir de entonces justifiquen, y por un tiempo determinado. Y es que, adquirida la mayoría de edad por los hijos, tal variación objetiva hace cesar el criterio de atribución automática del uso de la vivienda que el artículo 96 establece a falta de acuerdo entre los cónyuges, y cabe plantearse de nuevo el tema de su asignación, pudiendo ambos cónyuges instar un régimen distinto del que fue asignación inicialmente fijado por la minoría de edad de los hijos, en concurrencia con otras circunstancias sobrevenidas».

Si las hijas necesitaran alimentos, en los que se incluye la vivienda, una vez que concluya el régimen de guarda impuesto por la minoría de edad, podrán pasar a residir con cualquiera de sus progenitores en función de que el alimentante decida proporcionarlos manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos, conforme a las normas generales del Código Civil en materia de alimentos (artículo 142 y s.s. CC), sin que el cotitular de la vivienda vea indefinidamente frustrado sus derecho sobre la misma.»

Pregunta 41.- ¿Qué limitación temporal se suele establecer cuando se atribuye el uso de la vivienda conyugal a uno de los progenitores en la custodia compartida?

Nuestro Alto Tribunal en los casos en que aprecia un interés más necesitado de protección, y atribuye el uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges suele fijar como límite temporal, un año ([STS de 17 de noviembre de 2015 - ROJ: STS 5218/2015 - ECLI: ES:TS:2015:5218](#) -), dos años ([STS de 24 de octubre de 2014 - ROJ: STS 4249/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4249](#)-) o tres años ([STS de 9 de septiembre de 2015 - ROJ: STS 3707/2015 - ECLI: ES:TS:2015:3707](#) y [23 de enero de 2017-ROJ: STS 168/2017 - ECLI: ES:TS:2017:168](#)-)

A la hora de razonar la limitación temporal y su limitación el TS alude a que se trata de un tiempo suficiente para facilitarle al progenitor y al menor la transición a una nueva vivienda, transcurrido el cual la vivienda quedará, en su caso, supeditada al proceso de liquidación de la sociedad ([STS de 17 de noviembre de 2015 - ROJ: STS 5218/2015 - ECLI: ES:TS:2015:5218](#)).

En la citada [STS de 24 de octubre de 2014 - ROJ: STS 4249/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4249](#)-, se razona de forma más extensa a la vista de las circunstancias del caso señalando que *“Se trata de un tiempo suficiente que va a permitir a la esposa rehacer su situación económica puesto que si bien carece en estos momentos de ingresos, cuenta con apoyos familiares y puede revertir, por su edad (nacida el NUM002 de 1977), y cualificación (química) la situación económica mediante al acceso a un trabajo, que incrementa los ingresos que recibe tras la ruptura personal definitiva de su esposo, y le permita, como consecuencia, acceder a una vivienda digna para atender a las necesidades del hijo durante los periodos de efectiva guarda, siempre con la relatividad que, en ese mismo interés del menor, tienen estas y las demás medidas que puedan afectarle teniendo en cuenta que la guarda compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores, y que el principio que rige los procesos de familia es la posibilidad de cambio de las decisiones judiciales cuando se han alterado las circunstancias, por medio del procedimiento expreso de modificación de medidas”*

En la [STS 23 de enero de 2017-ROJ: STS 168/2017 - ECLI: ES:TS:2017:168](#) se razona de forma también más precisa al señalar que *“Si el plazo se fija en tres años el menor, nacido el NUM000 de 2005, tendrá una edad en la que la cercanía entre domicilios de los progenitores no será ya relevante para la*

materialización de la custodia compartida, y la madre habrá tenido tiempo suficiente para buscar una vivienda digna, teniendo en cuenta los ingresos que percibiría al liquidarse la vivienda familiar, desapareciendo, por ende, la obligación de hacer frente al préstamo con garantía hipotecaria.”

Pregunta 42.- ¿Se debe hacer atribución del uso de la vivienda familiar necesariamente a uno de los cónyuges pese a que no hubiera un interés necesitado de protección?

Si no existe un interés con necesidad de protección, como ocurre en los casos en que los progenitores disponen ambos de vivienda distinta para hacer frente a las necesidades de los hijos, el TS entiende que no procede atribución del uso de la vivienda familiar a ningún progenitor y, en consecuencia, la vivienda queda sometida al proceso de liquidación. ([STS de 6 de abril de 2016 -ROJ: STS 1424/2016 - ECLI: ES:TS:2016:1424](#)).

Pregunta 43.- ¿El denominado sistema de la “casa nido” es adecuado con el régimen de la custodia compartida?

El sistema de la “casa nido”, en el que los hijos permanecen en la vivienda familiar y son los progenitores los que salen alternativamente del domicilio familiar, no deja de plantear problemas económicos y de relaciones personales para los progenitores.

Señala ZABALGO JIMÉNEZ¹³ que el propio hecho de compartir casa ha derivado, en algunas ocasiones, en una situación similar a la película de la “La guerra de los Rose”, generando una situación insostenible, además de perjudicial para el propio menor, al llegar a poner candados en los muebles de la cocina para que el otro progenitor no consumiera alimentos, o bien ensuciar deliberadamente la vivienda para obligar al otro progenitor a limpiar la casa, o bien cortar la luz y el agua por impago, etc.

¹³ ZABALGO JIMÉNEZ, Paloma, “La alternancia en los domicilios es una consecuencia inherente a la guarda y custodia compartida: la negativa al niño maleta”, en http://www.elderecho.com/tribuna/civil/alternancia-domicilios-guarda-custodia-compartida-nino-maleta_11_931930002.html

Igualmente, el hecho de la “casa nido” supone que los progenitores deban alquilarse una vivienda donde residir en aquellas semanas en las que no se encuentren en el domicilio familiar, con el coste económico que supone la existencia de tres casas.

Por otro lado, impide rehacer nuevamente la vida personal a los progenitores, al ser inviable “vivir” una semana en el antiguo domicilio familiar y compatibilizarlo con una nueva pareja o nuevos hijos.

La [STS de 17 de febrero de 2017 \(ROJ: STS 474/2017 - ECLI:ES:TS:2017:474\)](#) en relación con este sistema se centra en el aspecto económico al señalar que *“En la sentencia del Juzgado se atribuye el uso del domicilio familiar a los menores, debiendo permanecer en el mismo el progenitor que disfrutase del turno semanal.*

Este sistema que puede ser respetable, cuando los ingresos de la pareja son cuantiosos, se convierte en inasumible ante economías precarias, como es el caso, dado que deben hacer frente al mantenimiento de tres viviendas (la familiar y las dos de alternancia).”

2.4.4 Pensión de alimentos

Pregunta 44.- ¿ La custodia compartida exime de la obligación de pagar pensión de alimentos?

La doctrina jurisprudencial ha precisado que la custodia compartida no exime de la obligación del pago de pensión de alimentos cuando existe desproporción entre los ingresos de ambos progenitores.

Así, la [STS de 11 de febrero de 2016 \(ROJ: STS 359/2016 - ECLI:ES:TS:2016:359\)](#) indica que *“Esta Sala debe declarar que la custodia compartida no exime del pago de alimentos, cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges, o como en este caso, cuando la progenitora no percibe*

salario o rendimiento alguno (art. 146 C. Civil), ya que la cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades del que los recibe, pero también al caudal o medios de quien los da.”

Pregunta 45.- ¿Es posible limitar temporalmente la pensión de alimentos de hijos menores en caso de custodia compartida?

Igual que ocurre, en el caso de custodia individual, en la custodia compartida si se fija una pensión de alimentos por hijos menores no es posible establecer una limitación temporal. La citada [STS de 11 de febrero de 2016 \(ROJ: STS 359/2016 - ECLI:ES:TS:2016:359\)](#) señala al respecto que “*El Juzgado yerra y la Audiencia lo corrige cuando aquel limita temporalmente la percepción de alimentos a dos años, pues los menores no pueden quedar al socaire de que la madre pueda o no encontrar trabajo.*”

Esta limitación temporal, tiene sentido en una pensión compensatoria, como estímulo en la búsqueda de ocupación laboral, pero no tiene cabida en los alimentos a los hijos, al proscribirlo el art. 152 del C. Civil .

Por lo expuesto, esta Sala mantiene el pronunciamiento de la sentencia recurrida, en relación con los alimentos al mantenerlos sin limitación temporal, sin perjuicio de una ulterior modificación, si varían las circunstancias sustancialmente (art. 91 C. Civil).”

Pregunta 46.- ¿En el caso de que no haya desproporción de ingresos entre los progenitores como se regulan los alimentos en caso de custodia compartida?

En ausencia de desproporción de ingresos entre los progenitores, se establece por la jurisprudencia que cada progenitor satisfará directamente los alimentos del menor en su propio domicilio, abonando los gastos extraordinarios al 50%, sin perjuicio de establecer precisiones sobre determinados gastos ordinarios, a veces elevados, que no se pueden solucionar atendiendo al criterio del domicilio respectivo, como ocurre en el caso de libros y material escolar de principio de curso, donde se suele indicar que se abonarán por mitad.

Así, la [STS de 16 de febrero de 2015 \(ROJ: STS 615/2015 - ECLI:ES:TS:2015:615\)](#) soluciona la cuestión con la siguiente fórmula sencilla: *“Ambos progenitores satisfarán directamente los alimentos del menor en su propio domicilio, abonando los gastos ordinarios y extraordinarios al 50%, dada la igualdad de profesión y retribución, declarada en la sentencia recurrida. ”*

En parecidos términos la [STS de 16 de septiembre de 2016 \(ROJ: STS 4089/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4089 \)](#) indica que *“Al no constar que concurra desproporción en los ingresos de los progenitores (art. 145 del C. Civil), no es preciso fijar pensión alimenticia.*

Por tanto, ambos progenitores satisfarán directamente los alimentos del menor en su propio domicilio, abonando los gastos ordinarios y extraordinarios al 50%.”

Más precisa es la [STS de 30 de diciembre de 2015 \(ROJ: STS 5804/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5804 \)](#) al señalar que: *“Cada progenitor afrontará los alimentos en los periodos en que tenga la custodia del menor, con excepción de los de inicio del curso escolar (libros, material escolar, chándal, uniforme, si es el caso), que deberán compartirse que en cada periodo pese a la consideración de ordinarios. Los gastos extraordinarios se abonarán por mitad teniendo la consideración de tales los médico-farmacéuticos no cubiertos por la Seguridad Social, clases de apoyo escolar que pueda necesitar el menor y actividades extraordinarias consensuadas por ambas partes.”*

3 BIBLIOGRAFÍA

GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, *“La necesidad de una completa regulación de dos cuestiones trascendentales en la futura Ley estatal de custodia compartida”*, LA LEY Derecho de familia nº 11, julio-septiembre 2016, Editorial Wolters Kluwer.

HERNANDO RAMOS, Susana, en “*Custodia compartida, ventajas y problemas que plantea. Posición del Ministerio Fiscal*”, Cuadernos Digitales de Formación N° volumen: 8 Año: 2014 N° páginas: 33, Consejo General del Poder Judicial.

LÓPEZ JARA, Manuel, “Aspectos procesales de la guarda y custodia compartida”, LA LEY Derecho de familia n° 11, julio-septiembre 2016, Editorial Wolters Kluwer.

MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús A., “El reparto de los tiempos de estancia de los hijos menores con los progenitores en los casos de custodia compartida”, LA LEY Derecho de familia n° 11, julio-septiembre 2016, Editorial Wolters Kluwer

O´CALLAGHAM MUÑOZ, Xavier, “*Custodia compartida. Vigencia y práctica en el Código Civil. Aplicación jurisprudencial*”, LA LEY Derecho de familia n° 11, julio-septiembre 2016, Editorial Wolters Kluwer.

PINTO ANDRADE, Cristobal, La custodia compartida en la práctica judicial, 2ª Edición año 2017, en <https://www.jurisprudenciaderechofamilia.com/ebooks/>

SEISDEDOS MUIÑO, Ana, “*La custodia compartida en el Código Civil y en la legislación autonómica*” Cuadernos Digitales de Formación N° volumen: 53 Año: 2015, Consejo General del Poder Judicial.

ZABALGO JIMÉNEZ, Paloma, “*La alternancia en los domicilios es una consecuencia inherente a la guarda y custodia compartida: la negativa al niño maleta*”, en http://www.elderecho.com/tribuna/civil/alternancia-domicilios-guarda-custodia-compartida-nino-aleta_11_931930002.html