

**CUSTODIA COMPARTIDA Y MEJOR INTERÉS
DEL MENOR. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE
LA CUSTODIA COMPARTIDA EN LA DOCTRINA
JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO**

Isabel Espín Alba
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Santiago de Compostela
E-mail: isabel.espin@usc.es

RESUMEN: El objeto de este artículo es presentar un análisis crítico de la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo respecto de los criterios para la fijación de una custodia compartida, a la luz del interés superior del menor. Superado el carácter excepcional de su atribución, la custodia compartida se muestra un régimen especialmente adecuado al interés superior del menor.

Palabras clave: parentalidad coparentalidad; custodia compartida; criterios de atribución; interés superior del menor

ABSTRACT: The purpose of this article is to present a critical analysis of the jurisprudential doctrine of the First Chamber of the Supreme Court with respect to the criteria for the establishment of shared custody, in light of the best interests of the child. Once the exceptional nature of its attribution has been overcome, shared custody is shown to be in the best interests of the child.

Keywords: parenthood co-parenting; shared custody; attribution criteria; the best interests of the child

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN. COPARENTALIDAD E INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. II. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA DE CUSTODIA COMPARTIDA: SUPERACIÓN DE LA EXCEPCIONALIDAD. III. PRINCIPALES CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN. 1. Práctica anterior; las aptitudes personales y la relación entre los progenitores. 2. Distancia entre los domicilios de los progenitores. 3. El reparto de los tiempos. Flexibilización de la alternancia. 4. La edad del menor. Su derecho a ser oído. 4.1. La corta edad no excluye automáticamente la posibilidad de una custodia compartida. 4.2. Derecho del menor a ser oído. 4.3. El interés del menor no coincide necesariamente con su voluntad. 5. Plan de parentalidad. **IV. OTRAS MEDIDAS A CONSIDERAR.** 1. Atribución de la vivienda familiar. 2. Fijación de la pensión de alimentos. **V. CIRCUNSTANCIAS PARA EL CAMBIO EN EL RÉGIMEN DE CUSTODIA. VI. BREVES CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.**

I. INTRODUCCIÓN. COPARENTALIDAD E INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

El artículo 9.3 de la Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 consagra el derecho del menor a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de modo regular, salvo si ello es contrario a su superior interés. Por otro lado, el artículo 34 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea dispone que «todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses», y asimismo, en su artículo 14 reza que «En caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos viviese en otro país, salvo si el órgano competente de cada Estado miembro lo declarase incompatible con la salvaguardia de los intereses del niño».

Con estos mimbres, la evolución en el contexto europeo e internacional camina hacia un concepto de coparentalidad alejado de los parámetros de la patria potestad y en el que se refleja la superación de estereotipos de género y una visión igualitaria de las tareas de cuidado y crianza de los hijos, en un sentido amplio de formación del menor¹, de tal manera que se puede mantener que «es irrenunciable, para el mejor interés superior del menor, mantener y desarrollar sus relaciones con ambos progenitores en condiciones igualitarias, siendo estos corresponsables del completo desarrollo de sus hijos»².

La denominada custodia compartida -entendida como el ejercicio conjunto del deber de los progenitores de tener en su compañía a sus hijos menores- está en la agenda normativa y judicial española, razón por la cual es objeto de serios y concienzudos análisis doctrinales³ elaborados desde la perspectiva del mejor interés del menor.

El interés prevalente del menor no es un concepto estático, sino que representa la suma de distintos factores que abarcan desde sus necesidades afectivas y económicas, las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, hasta un conjunto indeterminado de circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un status sí no similar sí parecido al que disfrutaba hasta ese momento⁴.

1 Un estudio amplio de la evolución de la parentalidad, en PÉREZ VALLEJO, A. y SAINZ CANTERO CAPARRÓS, B., *Protección de la infancia y marco jurídico de la coparentalidad tras la crisis familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, TOL7.074.163 e IGLESIAS MARTÍN, C., *La custodia compartida: hacia una corresponsabilidad parental en plano de igualdad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

2 Así lo hacen PÉREZ VALLEJO, A. y SAINZ CANTERO CAPARRÓS, B., *op.cit.*, TOL7.074.163.

3 Para un acercamiento a la cuestión, vid. por todos: CASADO CASADO, B., «Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Evolución. Valoraciones sobre el cambio de tendencia jurisprudencial», *Diario La Ley*, núm. 9177, 2018, consultado en LA LEY 2713/2018; HERRERA DE LAS HERAS, R. «Sobre la necesidad de una nueva regulación de la guarda y custodia compartida», *Actualidad Civil*, núm. 10, 2011, consultado en LA LEY 6638/2011; y PÉREZ VALLEJO, A. y SAINZ CANTERO CAPARRÓS, B., *op.cit.*, TOL7.074.164.

4 El caso resuelto por la STS de 1 de marzo de 2019 es muy significativo de la necesidad de preservar el interés del menor. Ahí se puede leer el contenido del informe psicosocial que sostiene que la forma brusca de ruptura de relaciones de la menor con el que tuvo como padre en los tres primeros años de su vida ha sido un error, al no haberle dado tiempo para que tanto ella como su hermana de madre se adaptasen a la nueva situación.

En esa línea, a los efectos del tema aquí tratado, interesa que el artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM) tenga en cuenta a efectos de interpretación y aplicación del «interés superior del menor» que dentro de sus necesidades básicas se encuentran, tanto las materiales, físicas y educativas como las emocionales y afectivas.

Por todo ello, el paradigma de la custodia compartida como el régimen que mejor atiende al interés del menor de convivir con ambos progenitores, siempre que las circunstancias particulares lo permitan, es una tendencia imparable.

Prueba de ello son los datos estadísticos sobre la ruptura de la convivencia en los supuestos de nulidad, separación y divorcio publicados por el INE (Instituto Nacional de Estadística)⁵, que apuntan a un aumento significativo de esta modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental. De hecho, en el año 2018, el 33,8% de los casos optaron por el régimen de custodia compartida, un aumento muy significativo si tenemos en cuenta que en el año 2010 la cifra estaba en un 10,5%.

Si bien estos números reflejen una foto fija del momento de las sentencias que acuerdan ese régimen, y que no incluyen los supuestos relativos a la ruptura (o falta de convivencia) de uniones de hecho, registradas o no, sirven de respaldo para mantener que en España ya no se puede hablar de una «moda» de la custodia compartida, sino que forma parte de la realidad normativa y judicial del país⁶.

Esta afirmación se hace más evidente todavía si tenemos en cuenta el cuadro normativo de la custodia compartida -Código civil y legislación autonómica- y la doctrina de la Sala 1ª del Tribunal Supremo (TS) en esta materia. Es muy significativa de esta vertiginosa evolución la STS de 24 de septiembre de 2019 en cuanto constata un «un cambio jurisprudencial propiciado por el rumbo de doctrina constitucional y de este Tribunal Supremo (sentencias 564/2017, de 17 de octubre y 390/2015, de 26 de junio), todo lo cual es una alteración significativa de las circunstancias».

Por todo ello, a continuación, procedemos a analizar los extremos que se fueron adaptando para llegar a la doctrina jurisprudencial vigente.

II. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA DE CUSTODIA COMPARTIDA: SUPERACIÓN DE LA EXCEPCIONALIDAD

Dentro de la evolución del derecho de familia -y particularmente debido a la penetración del principio de igualdad entre los progenitores-, se ha puesto sobre la mesa la necesidad

5 Tal y como señala el propio INE en su página web, la estadística de nulidades, separaciones y divorcios es una investigación estadística de carácter anual cuyo objetivo es conocer el número de sentencias de nulidad, separación o divorcio dictadas a lo largo del año de referencia, y proporcionar información adicional sobre las principales características sociodemográficas de los cónyuges implicados y sobre otras variables de interés social asociadas al proceso judicial. Esta estadística se realiza por el INE en virtud del Convenio suscrito con el Consejo General del Poder Judicial.

6 La progresión fue: 2010 (10,5%), 2011 (12,3%), 2012 (14,6%), 2013 (17,9%), 2014 (21,3%), 2015 (24,6%), 2016 (28,3%), 2017 (30,2%) y 2018 (33,8%). Como se puede observar, la tendencia es de avance constante, sin ningún período de retroceso.

de superar la vieja concepción de la patria potestad para dirigirse hacia una responsabilidad parental y, mejor todavía, una coparentalidad.

En ese discurso, la denominada custodia compartida alcanza un papel primordial, pues indica la necesidad de poner a los dos progenitores en pie de igualdad a la hora de decidir, en supuestos de ruptura del matrimonio o de la pareja de hecho, sobre la convivencia y comunicación con los hijos menores.

Tal vez la terminología no sea la más correcta, pues si custodia implica convivencia, difícilmente podría existir una custodia compartida por unos padres separados – salvo que siguieran viviendo en el mismo inmueble. De ahí que muchos hablen de custodia sucesiva o alterna. De todos modos, seguimos con la terminología más extendida, pues como recuerda la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de febrero de 2007 «la custodia compartida está basada en la coparentalidad responsable, el contenido semántico del verbo repartir es muy distinto del de compartir».

La redacción del artículo 92 CC es objeto de creación de una amplia y matizada doctrina jurisprudencial que hace frente a la inercia de la producción normativa estatal y que no desconoce las diversas experiencias autonómicas -en particular aquellas derivadas de la aplicación del CCCat - presentes en muchas de sus decisiones.

Así, la introducción en el CC, en el año 2005, de la posibilidad de que el Juez fije un régimen de guarda y custodia compartida posibilitó que con el tiempo se fuese consolidando una jurisprudencia que considera que, cuando se dan las circunstancias requeridas para su fijación, ese modelo de custodia evita desequilibrios en los tiempos de presencia, el sentimiento de pérdida, que se cuestione la idoneidad de los progenitores; y estimula la cooperación de los padres, cuando esta se ha venido desarrollando con eficiencia, como describe la STS de 17 de marzo de 2016.

Poco a poco se fue superando la excepcionalidad del mecanismo, pudiéndose marcar como el punto de partida la STS de 8 de octubre de 2009, en la que se fijaron los requisitos para que se pueda establecer dicho régimen, y son:

- a. la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales;
- b. los deseos manifestados por los menores competentes;
- c. el número de hijos;
- d. el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos
- e. y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar;
- f. los acuerdos adoptados por los progenitores;
- g. la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros;
- h. el resultado de los informes exigidos legalmente,
- i. 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».

A pesar de esa delimitación, la literalidad del precepto seguía evitando una aplicación generalizada. La referencia inicial era la excepcionalidad para la concesión de la custodia compartida, incluso porque, en su redacción originaria era preceptivo el informe positivo del Ministerio Fiscal⁷.

Esta excepcionalidad es contestada en la STS de 7 de julio de 2011, pero será la STS de 29 de abril de 2013 aquella que sentará la doctrina de 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». De ese modo, A pesar de que el artículo 92.8 CC comience su redacción utilizando el adverbio excepcionalmente, es doctrina constante del Tribunal Supremo la de negar el carácter excepcional de la custodia compartida y defender su normalidad, pues permite salvaguardar el derecho de los hijos a relacionarse con ambos progenitores. Por lo tanto, no cabe utilizar la mera literalidad del artículo 92.8 CC para afirmar que la custodia compartida que es una medida excepcional⁸.

Se empieza a ver como un instrumento idóneo para alcanzar situaciones más ventajosas para el menor. La STS de 11 de febrero de 2016 marca como tales ventajas:

1. Fomenta la integración del menor con ambos progenitores, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.
2. Se evita el sentimiento de pérdida.
3. No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.
4. Se estimula la cooperación de los progenitores.

Según las SSTS de 1 de diciembre de 2012, 29 de abril de 2013, 17 de octubre y 13 de diciembre de 2017, y 10 de octubre de 2018, la custodia compartida u otro sistema alternativo no son premio ni castigo a los progenitores, sino el sistema normalmente más adecuado, y que se adopta siempre que sea el compatible con el interés del menor, sin que ello suponga, necesariamente, recompensa o reproche.

Como muestra de superación de la excepcionalidad, es interesante la STS de 11 de enero de 2018⁹ porque fija una custodia compartida en casación, cuando ninguna de las instancias anteriores lo habían hecho. En ella el Tribunal Supremo determina la custodia compartida en contra del criterio del JPI y de la Audiencia, haciendo suyo el parecer del Ministerio Fiscal, que ponía de manifiesto que la sentencia recurrida «petrifica la situa-

7 Norma considerada inconstitucional. La exigencia de un informe favorable del Ministerio Fiscal ha suscitado, desde un primer momento, importantes críticas, en cuanto significaba una cortapisa al ejercicio de la potestad jurisdiccional. Por ello, la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria promovió una cuestión de inconstitucionalidad por su posible contradicción con los arts. 117.3, 24, 14 y 39 de la Constitución Española. La respuesta del Tribunal constitucional contenida en la sentencia de 17 de octubre de 2012 estima la cuestión de inconstitucionalidad planteada y declara la inconstitucionalidad del inciso «favorable» contenido en el art. 92.8 CC. Dice «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».

8 Cfr. la STS de 2 de julio de 2014.

9 De igual forma, en la STS de 4 de abril de 2018 se afirma que «La sentencia recurrida petrifica la situación del menor, de cuatro años de edad en estos momentos, con el único argumento de que se encuentra adaptado al entorno materno, sin razonar al tiempo sobre cuál sería la edad adecuada para adoptar este régimen ni ponderar el irreversible efecto que el transcurso del tiempo va a originar la consolidación de la rutina que impone la custodia

ción del menor, de casi cuatro años de edad en estos momentos, con el único argumento de la estabilidad que tiene bajo la custodia exclusiva de su madre, sin razonar al tiempo sobre cuál sería la edad adecuada para adoptar este régimen ni ponderar el irreversible efecto que el transcurso del tiempo va a originar la consolidación de la rutina que impone la custodia exclusiva, cuando se está a tiempo de evitarlo, puesto que va a hacer prácticamente inviable cualquier cambio posterior».

Dado que no está confirmando ninguna de las instancias anteriores, establece que se determinará en ejecución de sentencia conforme a las siguientes bases:

«a) El reparto del tiempo se hará atendiendo a principios de flexibilidad y al mutuo entendimiento entre los progenitores, procurando que la convivencia con cada uno de ellos sea lo menos distorsionadora posible en relación a la escolarización del niño.

b) 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.

c) Se establecerá, si procede, la contribución de cada progenitor a los alimentos del menor, en función de los recursos económicos de cada uno de los cónyuges y necesidades del hijo, así como la determinación, en su caso, del uso y disfrute de la vivienda familiar, y lo demás que fuera procedente»¹⁰.

Más recientemente se puede traer a colación las SSTS de 5 de abril y de 25 de noviembre de 2019 que se refieren a un cuerpo unitario de doctrina que aboga a favor de establecer el régimen de custodia compartida cuando no existan circunstancias que se opongan a ello.

III. PRINCIPALES CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN

En este apartado, y a modo de análisis crítico de los principales rasgos del modelo de custodia compartida diseñado por la doctrina jurisprudencial de la Sala 1ª del Tribunal Supremo español -a partir de la citada STS de 8 de octubre de 2009-, son indicados algunos tópicos¹¹ que, superada la excepcionalidad de la concesión del régimen de custodia compartida, parecen consolidarse -inspirados en muchas ocasiones en el derecho civil autonómico-, a la espera de que el legislador estatal haga uso de sus competencias en la materia¹².

El punto de partida es el interés del menor como principio básico que determina la adopción de la guarda y custodia compartida. Se pueden colacionar las SSTS de 16 de

exclusiva, cuando se está a tiempo de evitarlo, puesto que va a hacer prácticamente inviable cualquier cambio posterior; y ello, desde la perspectiva del interés del niño, es contrario a lo dispuesto en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio».

10 La STS de 20 de noviembre de 2018 también corrige la decisión de la Audiencia Provincial de otorgar la custodia monoparental, ya que «la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trata de una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable».

11 Para un análisis más amplio de otros criterios, vid. IGLESIAS MARTÍN, C., *op.cit.*, págs. 195-264.

12 Vid. el resumen del estado de la cuestión en PÉREZ VALLEJO, A. y SAINZ CANTERO CAPARRÓS, B., *op.cit.*, TOL7.074. 164 y 165 y ÁLVAREZ OLALLA, P., «Última jurisprudencia del TS en materia de Custodia Compartida», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num.3, 2018, Jurisprudencia. Comentarios. Consultado en BIB 2018\6537.

febrero de 2015, 11 de febrero, 27 de junio y 16 de septiembre de 2016, 12 de mayo de 2017, 4 de abril de 2018 y 24 de septiembre de 2019, entre otras.

En todo caso, si bien reconoce los beneficios para el menor derivados de poder seguir con la convivencia con los dos progenitores, en situaciones de ruptura de la pareja, la doctrina del Tribunal Supremo exige que lo solicite al menos uno de los progenitores, aunque las condiciones objetivas la recomienden. De tal manera que, como los expresan las SSTS de 19 de abril de 2012, 15 de junio de 2016 y de 20 junio 2017, no puede ser impuesta a los progenitores¹³.

Ha causado un cierto revuelo la SAP de Córdoba de 23 de enero de 2018, en cuanto impuso la custodia compartida, a pesar de la oposición del padre, y sin que la madre lo hubiese solicitado, por considerar que el régimen paritario era el más adecuado al interés del menor. En particular, el hijo padecía un trastorno de desarrollo y retraso madurativo con discapacidad reconocida del 33%, y la Audiencia Provincial entendió demostrada la imposibilidad de la madre de cuidar a sus hijos en solitario. Con todo, esta es una decisión aislada que no permite avecinar un cambio radical de criterio.

3.1 Práctica anterior, las aptitudes personales y la relación entre los progenitores

El análisis de los supuestos en los que el régimen de custodia compartida atiende adecuadamente a las necesidades de estabilidad del menor permite constatar que, por lo general, es determinante la práctica anterior de los progenitores y sus capacidades específicas para llevar a cabo acciones cooperativas en favor del mejor interés del menor. Por ello, desde la STS de 29 de abril de 2013 se menciona como criterio de atribución las «la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales», y se ha tomado, a partir de entonces, como criterio prioritario que ambos reúnan capacidades suficientes y adecuadas para el correcto ejercicio de sus responsabilidades parentales¹⁴.

Tanto es así que se trata de uno de los puntos más destacados en los informes psicosociales que indagan sobre las capacidades de respeto y colaborativa.

Todavía respecto del criterio de la práctica anterior, en los casos de la ruptura de la convivencia, puede servir para facilitar la concesión de una custodia compartida como prolongación de una situación que favorece la estabilidad del menor; sin embargo, en el caso de que no hubiese un reparto equilibrado anterior, ello no implica que después de la ruptura de una pareja en la que uno de sus miembros se ocupaba con mayor dedicación del cuidado de los hijos no pueda existir un cambio de roles y se plantee un reparto igualitario futuro, precisamente debido al fin de la convivencia.

Nadie puede negar que es un obstáculo la ausencia de dedicación a la familia, en particular al cuidado de los hijos, anterior a la ruptura, pero no se trata de una situación insalvable, siempre que en aras del interés del menor ese progenitor demuestre capacidad para asumir ahora la atención y cuidados que requiere el niño o niña¹⁵.

De igual manera, serán tenidas en cuenta las aptitudes de los progenitores y la capacidad de colaboración.

13 La STS de 29 de abril de 2013 deniega una custodia compartida solicitada solo por el Fiscal basándose en la excepcionalidad del régimen proclamada por el artículo 92.8 CC.

14 SSTS de 25 de abril de 2014, 16 de febrero y 21 de octubre de 2015 y 22 de diciembre de 2016.

15 Vid. las reflexiones de IGLESIAS MARTÍN, C., *op.cit.*, págs. 209-2012.

Este planteamiento inicial pudiera llevar a la idea de que si existe un conflicto constante entre los padres sería imposible fijar un régimen igualitario.

Con todo, si bien es importante que los padres tengan capacidad y responsabilidad para mantener acuerdos y que el escenario ideal es el respeto mutuo y la actitud conciliadora, ello no debe interpretarse como la necesidad de una relación absolutamente cordial y fluida entre ellos todo el tiempo. Es decir, siempre que sea viable mantener el esquema de reparto igualitario de la custodia en condiciones de estabilidad del menor, un grado razonable de conflicto entre los padres no excluye automáticamente la atribución de la custodia compartida.

Como puso de manifiesto la STS de 27 de junio de 2016 «si la mera constatación de no ser fluidas las relaciones entre los progenitores fuese suficiente para denegar la guarda y custodia compartida, se lanzaría un mensaje que iría en contra del interés del menor, pues lo que éste exige es un mayor compromiso de los progenitores y una mayor colaboración, a fin de que los efectos de la crisis matrimonial afecten lo menos posible a los hijos y la situación familiar se resuelva en un marco de normalidad». Añadiendo que «lo que es indudable es que la conflictividad no está en función del régimen que se elija, pues sea uno u otro, la recogida y entrega de la menor existe, y sólo el compromiso y seriedad de los progenitores la pueden evitar. Por tanto, la existencia de desencuentros propios de la crisis matrimonial no justifican por sí mismos que se desautorice este tipo de régimen de guarda y custodia. Si bien, será necesario constatar que el alto conflicto y las malas relaciones post-ruptura afectan de modo relevante al menor, colocándolos de esta forma en una situación de riesgo actual o potencial de sufrir perjuicios».

En la STS de 24 de abril de 2018, el Tribunal Supremo mantiene que para que la tensa situación entre los progenitores aconseje no adoptar el régimen de guarda y custodia compartida será necesario que alcance un nivel superior al propio de una situación de crisis matrimonial. Caso contrario se trasladaría al menor las consecuencias negativas del deterioro de las relaciones entre los progenitores, en perjuicio de sus intereses.

El conflicto enjuiciado en dicha sentencia surge de la solicitud de la madre de modificación de medidas la guarda y custodia del hijo menor, con el fin de obtenerla en exclusiva, siendo que las partes habían acordado en proceso de divorcio, relativamente reciente, que fuera ejercida de manera compartida.

El juzgado de primera instancia desestima la petición, desmontando la argumentación de la demandante -incluida la alegación de intimidación en la confección del convenio regulador-, sin embargo, la Audiencia Provincial, a la vista del informe del equipo psicosocial -que destacaba la mala relación entre los progenitores¹⁶- acoge el cambio en el régimen de custodia, para atribuirla exclusivamente a la madre.

El padre interpone recurso de casación, considerando que para determinar el interés del menor es preciso analizar todos los criterios y circunstancias del caso y no dejar

16 Decía que «confluyen múltiples factores de mal pronóstico para garantizar el éxito de un sistema de custodia compartida: elevada conflictividad interparental con no aislamiento del menor a la misma, escasa comunicación y nula colaboración para la gestión de cuestiones de interés para el proceso socializador del menor, percepción negativa de la figura del otro, inconsistencia en las prácticas de crianza y distanciamiento geográfico entre los domicilios. Se detecta además que a la hora de distribuir los tiempos del menor con cada uno de los progenitores, no se han tenido en cuenta de forma adecuada sus necesidades psicoevolutivas y tampoco posibilita la implicación y participación de ambos progenitores en las atenciones diarias ni en el contexto socializador del mismo de una forma equitativa».

todo al referido informe. El Tribunal Supremo asume el criterio de la decisión de primera instancia e indica 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 (sentencias 135/2017, de 28 de febrero, 296/2017, de 12 de mayo, entre otras)».

De lo que se trata es de que en el supuesto analizado conste que el tiempo de estancia del hijo con los dos progenitores sea adecuado al interés del menor, de tal modo que la falta de comunicación de los progenitores sea irrelevante, en la medida en que se pueda constatar que con la existente supieron desenvolverse en un escenario de paridad en el cuidado y atención del menor¹⁷.

3.2 Distancia entre los domicilios de los progenitores

Para aplicar el interés superior del menor es preciso ponderar la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro (artículo 2.3. d LOPJM).

En sentencias recientes, el Tribunal Supremo ha reiterado que no es posible acordar la custodia compartida cuando los padres viven en distintas localidades separadas por una importante distancia, pues ello dificulta, entre otras cosas, la asistencia de los menores al centro escolar¹⁸. Por ejemplo, el caso resuelto en la STS de 10 de enero de 2018 en que la madre residía en Jerez de la Frontera y el padre en Rentería¹⁹.

Incluso con distancias menos notorias, pero que dificultarían en exceso la escolarización del menor, se ha manifestado el rechazo a la custodia compartida, como en la STS de 21 de diciembre de 2016, en cuyo caso la residencia de los progenitores estaban en poblaciones separadas por 50 km, pues se ha apuntado que no cabe fijar la custodia compartida cuando los domicilios de los progenitores estén excesivamente alejados.

De lo que se trata es de garantizar la permanencia de los menores en un domicilio estable, aunque es cierto que la deslocalización, a diferencia de lo que ocurría hasta la STS de 11 de marzo de 2010, no es un criterio absoluto. Las necesidades afectivas del menor pueden justificar que se asuma una mayor distancia entre los domicilios, siempre que el perjuicio a su estabilidad no sea inasumible.

Como siempre, habrá que ir caso a caso, pues no existe un criterio absoluto sobre cuál es la distancia asumible a estos efectos. La cuestión es favorecer la estabilidad del menor en su mejor interés como pone de manifiesto la STS de 10 de enero de 2018²⁰.

En ese mismo sentido, la STS de 9 de junio de 2017 asume el carácter secundario de la deslocalización, siempre que se eviten importantes desplazamientos. En el caso con-

17 STS de 17 de noviembre de 2015.

18 Conclusión más evidente cuando se trata de padres residentes en diferentes países. Es ilustrativa la STS de 18 de abril de 2018 que considera inviable la solicitud de custodia compartida por periodos anuales solicitada por el padre, residente en Navarra, de unos menores que viven en Tokio con su madre.

19 En el mismo sentido, en la STS de 1 de marzo de 2016 se habla del «trascendental dato de la distancia geográfica del domicilio de los progenitores (Cádiz-Granada)».

20 En el caso concreto, se deniega la custodia compartida de un menor dado la gran distancia geográfica entre las viviendas de sus progenitores. Y ello puede ser así incluso cuando el menor todavía no está en edad escolar, como

creto, se ha determinado la compatibilidad con la alternancia en los lugares de residencia de uno y otro progenitor, dada la escolarización del hijo común en un centro de enseñanza equidistante de ambas poblaciones y, en todo caso, el tiempo de desplazamiento entre las dos residencias era de 43 minutos que no se entendió excesivo.

El problema que plantea la apreciación de la distancia entre domicilios es el hecho de que la separación puede ser buscada por uno de los progenitores, precisamente para evitar que se acuerde la custodia compartida. La cuestión guarda relación, además, con el problema de la determinación de la guarda y custodia ya atribuida a uno de los progenitores, cuando éste decide cambiar de residencia, por motivos de trabajo o de otro tipo²¹.

Ahora bien, existe una tendencia, en el caso de que no se pueda fijar la custodia compartida, a flexibilizar el régimen de comunicación y visitas, con el fin de favorecer el interés del menor de mantener el contacto con los dos progenitores. Esa reflexión de puede apreciarse en la STS de 23 de julio de 2018 cuando dice que:

«...la sentencia recurrida, con apoyo en los informes psicosociales, respeta el principio de proporcionalidad en interés del menor, pretendiendo equilibrar, en la medida de lo posible, el contacto con ambos progenitores, que naturalmente nunca será igual que si se tratase de custodia compartida.

Se fija un régimen en el que se implica al padre y a la madre en la flexibilización de las visitas, primando en primer lugar la convivencia de éstos, previo acuerdo.

En defecto de éste, siempre indeseable, se prevé un régimen bastante amplio de visitas y comunicaciones del menor con la madre».²²

3.3 El reparto de los tiempos. Flexibilización de la alternancia

En un primer momento podemos encontrar sentencias que excluyen la posibilidad de la custodia compartida debido a la excesiva -o incompatible con los intereses del menor- jornadas laborales de los padres. Por ejemplo, es el caso de la STS de 6 de abril de 2018 en la que se tuvo en cuenta la flexibilidad horaria de la madre, además de otras circunstancias, para establecer una custodia individual, pues a diferencia del padre «no dependía tanto de terceros, en relación a la atención y cuidado de los hijos».

Pese a ello, el sistema de custodia compartida no conlleva necesariamente un reparto igualitario de tiempos, sino que pretende un reparto lo más equitativo posible²³. Así lo establece la STS de 10 de octubre de 2018. En el supuesto enjuiciado, además de flexibilizar el reparto de los tiempos, para fijar alimentos se tiene en cuenta que el menor está más tiempo con la madre que con el padre, y la diferencia salarial entre ellos. Y sobre la vivienda, dice «Por lo expuesto, estimado el recurso de casación, y constituida la sala en tribunal de apelación, valorando los argumentos expuestos en segunda instancia, acordamos que no procede la adjudicación indefinida de la vivienda a ninguno de los

puso de manifiesto la STS de 18 de enero de 2018.

21 Sobre esta cuestión podemos traer a colación la STS de 19 octubre de 2017.

22 Igualmente en la STS de 6 de abril de 2018 se mantiene la custodia monoparental de la madre, pero con un régimen de visitas tan intenso que se acerca mucho a lo que se conoce como guarda y custodia compartida.

23 Es la misma senda de flexibilización que se expande a los efectos del régimen de custodia en materia de alimentos y la vivienda.

progenitores, al ostentar ambos la custodia compartida, por lo que atendiendo al interés más necesitado de protección, debemos acordar que la vivienda la siga utilizando el padre, durante dos años, computados desde la fecha de la presente sentencia, período tras el cual deberá abandonarla, quedando sometida la que fue vivienda familiar al proceso de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales».

De igual forma, la STS de 17 de enero de 2019 reitera que el sistema de custodia compartida no conlleva un reparto de tiempos igualitario, sino que pretende un reparto lo más equitativo posible y atemperado con la diversidad de las jornadas laborales de los progenitores. Confirma la sentencia de apelación, pues entiende que la misma interpretó adecuadamente el sentido de la custodia compartida, ajustándola al régimen laboral de los progenitores, a las guardias del padre, a lo pactado y a que ha sido un sistema que se ha desenvuelto con normalidad y que, de acuerdo con el informe psicosocial, ha influido positivamente en los menores.

En el conflicto resuelto por la STS de 13 de noviembre de 2018, el reparto de tiempos propuesto por el padre en clave de custodia compartida implicaba una mayor convivencia con la madre, debido a los horarios laborales de los progenitores. La Audiencia Provincial ante ese reparto desigual revoca la sentencia de primera instancia y atribuye la custodia única a la madre. El Tribunal Supremo confirma el criterio del juzgado, visto que entiende que el sistema compartido adoptado en medidas provisionales ha funcionado bien, a la luz del informe psicosocial, y por ello reitera que el sistema de custodia compartida, lejos de ser excepcional, es el que más favorece el contacto de los menores con sus progenitores y el que más protege el interés de los menores.

3.4 La edad del menor. Su derecho a ser oído

Si como se puso de manifiesto al principio de este estudio, el interés superior del menor debe presidir cualquier resolución judicial que le afecte, es preciso acercarse a los criterios de atribución de la custodia desde la óptica del menor en particular, no de una categoría abstracta de personas cuyo elemento en común es tener menos de 18 años. No todos los niños y niñas aunque compartan la misma edad tendrán las mismas necesidades y circunstancias. No se pueden, de ese modo, generalizar ciertos criterios.

3.4.1 La corta edad no excluye automáticamente la posibilidad de una custodia compartida

Respecto de la edad del menor, es cierto que todavía está presente la idea de que los hijos están mejor con la madre en sus primeros años²⁴, pero cada vez más se va avanzando hacia la necesidad de afianzar las relaciones de los menores con ambos progenitores en pie de igualdad desde la más tierna infancia. En la STS de 30 de diciembre de 2015 se destacaba que «La sentencia recurrida petrifica la situación del menor, en razón a su escasa edad, pese a lo cual establece un amplio régimen de visitas, impidiendo la normalización de relaciones con ambos progenitores con los que, a partir de un sistema de guarda y custodia compartido, crecerá en igualdad de condiciones, matizada lógicamente por la ruptura matrimonial de sus padres. La adaptación del menor al régimen establecido por

²⁴ IGLESIAS MARTÍN, C., *op.cit.*, pág. 227.

una previa resolución de medidas provisionales no solo no es especialmente significativa, dada su edad, sino que puede ser perjudicial en el sentido de que impide avanzar en las relaciones con el padre a partir de una medida que esta Sala ha considerado 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, de una forma responsable. 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 (SSTS 19 de julio 2013, 2 de julio 2014 , 9 de septiembre 2015)».

En esa línea, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 4 de abril de 2018²⁵, ha establecido el criterio de que la corta edad del menor, principalmente cuando se haya concluido el período de lactancia, no es determinante para excluir el régimen de custodia compartida.

Asimismo, el transcurso del tiempo y la adaptación del menor a una custodia monoparental no puede servir de argumento para negar su transformación en custodia compartida (SSTS núm. 124 de 26 de febrero y 5 de abril de 2019).

3.4.2 Derecho del menor a ser oído

En consonancia con la evolución del menor como sujeto de derechos, surge la obligación de oír al menor en cualquier procedimiento judicial o administrativo que le afecte²⁶

El apartado 2 del artículo 92 CC dispone que «El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos». Y así se contempla, en todo caso, para los procesos contenciosos: se oirá a los hijos si tuvieran suficiente juicio y necesariamente a los menores de edad mayores de doce años, como establece el artículo 770.4.ª II LEC. Para los procesos matrimoniales de mutuo acuerdo, no aparece inicialmente como preceptivo; pero el ser oído es un derecho de cada menor, con independencia de su edad; y a través de su comparecencia, puede expresar sus preferencias y sus opiniones en relación con las medidas de guarda que se adoptan respecto de él. El artículo 92 CC. a este respecto debe considerarse en relación con el art. 9 LOPJM: «1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias. En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de

25 Para un comentario de la misma MARTÍNEZ CALVO, J., «Incidencia de la edad del menor en la determinación del régimen de custodia. Comentario a la STS de España, núm. 182/2018, de 4 de abril», *Revista Boliviana de Derecho*, núm., 2019, págs. 444-457.

26 Para profundizar en el tema del derecho del menor a ser oído, Vid. PÉREZ VALLEJO, A. y SAINZ CANTERO CAPARRÓS, B., *op.cit.*, TOL7.074.164.

forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento. 2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos. Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación. No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente. 3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración».

Como manifiesta la STS de 20 de octubre del 2014 «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»²⁷.

3.4.3 El interés del menor no coincide necesariamente con su voluntad

El Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de abril de 2018 recuerda que el interés de la menor no ha de coincidir necesariamente con su voluntad, quizá condicionada por alguno de los progenitores en perjuicio del otro. En este supuesto, la demanda de modificación de medidas presentada por el padre solicitaba la guarda y custodia del menor que venía ostentando la madre desde el divorcio. Quedó probado y explícita el informe del equipo técnico que el progenitor no ha podido ejercer el régimen de visitas con el menor debido a una actitud obstruccionista de la demandada. En primera instancia se otorgó la guarda y custodia al demandante, criterio mantenido por la Audiencia Provincial. En casación, uno de los argumentos de la recurrente fue que no se tuvo en cuenta la voluntad de la menor. El Tribunal Supremo desestima el recurso, señalando que la Audiencia Provincial ha justificado el cambio de guarda y custodia en la actitud de la progenitora que cuestionando y criticando de forma absoluta a la figura paterna afecta al desarrollo psico-evolutivo de la

²⁷ Vid. la STC de 6 de junio de 2005.

menor, con posibles secuelas en su vida posterior, a la luz del informe técnico y su exploración. Por consiguiente, el interés superior de la menor ha sido analizado de manera precisa, exhaustiva y acertada, tomando la decisión de transferir la guarda y custodia de la menor de la madre al padre, con el fin de evitarle perjuicios que serían irreparables, dada la mala influencia que sobre la menor ejerce la madre y que se puede revertir al cuidado del padre.

3.5 Plan de parentalidad²⁸

En la STS de 3 de marzo de 2016, a pesar de que hubo una solicitud de custodia compartida, se ha entendido que no basta solicitarla, sino que es preciso presentar un plan contradictorio ajustado a las necesidades integrales del menor²⁹. Como explica la STS de 30 de octubre de 2018, en la simple alegación de custodia compartida no existe un proyecto claro de lo que es y cómo se va a desarrollar más allá de un simple reparto de tiempos.

El Plan de Parentalidad es un instrumento en el que deberán detallarse los compromisos que asumen los progenitores respecto de la guarda, educación y cuidado de los hijos. Los términos de su exigencia tuvieron como principal modelo el derecho civil catalán, puesto que esa legislación autonómica es la única que detalla con precisión el papel y contenido de este³⁰.

En efecto, el artículo 233-9 del CCCat dice que:

«1. El plan de parentalidad debe concretar la forma en que ambos progenitores ejercen las responsabilidades parentales. Deben hacerse constar los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos.

2. En las propuestas de plan de parentalidad deben constar los siguientes aspectos:

a) El lugar o lugares donde vivirán los hijos habitualmente. Deben incluirse reglas que permitan determinar a qué progenitor le corresponde la guarda en cada momento.

b) Las tareas de que debe responsabilizarse cada progenitor con relación a las actividades cotidianas de los hijos.

c) La forma en que deben hacerse los cambios en la guarda y, si procede, cómo deben repartirse los costes que generen.

d) El régimen de relación y comunicación con los hijos durante los períodos en que un progenitor no los tenga con él.

e) El régimen de estancias de los hijos con cada uno de los progenitores en períodos de vacaciones y en fechas especialmente señaladas para los hijos, para los progenitores o para su familia.

28 Para un estudio detallado y profundo de los planes de parentalidad, vid. LEGERÉN-MOLINA, A., «Los planes de parentalidad», *Revista de Derecho Privado*, núm. 6, enero-diciembre 2018.

29 En la misma línea, la STS de 5 de diciembre de 2016.

30 Para una visión sistemática en el derecho catalán, LAUROBA LACASA, E., «Los Planes de parentalidad en el Libro segundo del Código civil de Cataluña», *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 111, núm. 4, 2012, pp. 887-916; y NAVAS NAVARRO, S., «Menores, guarda compartido y plan de parentalidad (especial referencia al derecho catalán)», *Revista de derecho de familia*, núm. 54, 2012, págs. 23-56.

f) El tipo de educación y las actividades extraescolares, formativas y de tiempo libre, si procede.

g) La forma de cumplir el deber de compartir toda la información sobre la educación, la salud y el bienestar de los hijos.

h) La forma de tomar las decisiones relativas al cambio de domicilio y a otras cuestiones relevantes para los hijos.

3. Las propuestas de plan de parentalidad pueden prever la posibilidad de recorrer a la mediación familiar para resolver las diferencias derivadas de la aplicación del plan, o la conveniencia de modificar su contenido para amoldarlo a las necesidades de las diferentes etapas de la vida de los hijos».

La propuesta de este plan deberá aportarse por los progenitores tanto en los supuestos de mutuo acuerdo, como en los contenciosos. Cuando ambos cónyuges están de acuerdo en todo, se presentará un solo Plan de Parentalidad integrado en el Convenio Regulador, mientras que los supuestos contenciosos, cada uno de los progenitores deberá presentar su propia propuesta, siendo la Autoridad Judicial la que determine la forma en la que debe ejercitarse la guarda.

En efecto, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en su sentencia de 20 de marzo de 2014 determinó que con la demanda debe presentarse con el plan de parentalidad (mutuo acuerdo) o las propuestas de plan de parentalidad (contencioso). Y, asimismo, La resolución establece que:

1. El plan de parentalidad no solo debe aportarse en procesos de mutuo acuerdo sino también en los procesos contenciosos.
2. El plan de parentalidad debe concretar la manera en que los dos progenitores ejercerán las responsabilidades parentales, detallándose los compromisos sobre la custodia, tanto si es monoparental como compartida.
3. El plan de parentalidad no debe contemplar los alimentos que se deben abonar por los progenitores, pero si los aspectos de la vida diaria del menor tanto en el ámbito personal como en el patrimonial. A modo de ejemplo señala los siguientes puntos que deben incluirse:
 - El lugar de residencia del menor y las reglas que permitan determinar a qué progenitor corresponde la custodia en cada momento.
 - Las actividades cotidianas y la forma de organizarlas entre los progenitores.
 - Los cambios de custodia y el reparto del coste que pueda generar
 - El régimen de relación y comunicaciones entre el hijo y el no custodio cuando no esté con él.
 - El régimen vacacional y las fechas especialmente señaladas.
 - Tipo de educación y actividades extraescolares.
 - La forma de comunicar el deber de informar sobre educación, salud y bienestar del menor
 - La forma de adoptar decisiones que necesiten el consentimiento de los dos progenitores.

Teniendo en cuenta ese modelo, para el Tribunal Supremo, la presentación de un plan de parentalidad -según su denominación, «plan contradictorio»³¹- es esencial para demostrar la viabilidad del régimen propuesto y la seriedad de la solicitud. En la STS de 30 de octubre de 2018, ante su ausencia, no se ha demostrado ninguna razón plausible para el cambio de circunstancias, quedando demostrado que «no existe un proyecto claro de lo que es y cómo se va a desarrollar la guarda y custodia pretendida más allá de un simple reparto de tiempos, sin que se ofrezca un plan parental contradictorio que permita considerar el acierto o no de las circunstancias obstativas advertidas en la sentencia para negar este régimen».

La tendencia, además, es que no se trate de un mero formulario³², sino de una auténtica hoja de ruta aplicada al caso concreto. En ese sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 29 de marzo de 2017 requiere una mayor concreción de los extremos exigidos en el CCCat: «Han de concretar el modo en que ambos cónyuges ejercen las responsabilidades parentales, detallándose los compromisos sobre la guarda, cuidado y ejecución, tanto en supuestos de guarda monoparental como en custodia compartida, con la colaboración de diversos operadores jurídicos para que con carácter anticipatorio realicen una intervención focalizada de la resolución de los problemas más frecuentes que puedan presentarse sobre la citada guarda, cuidado y ejecución».

IV. OTRAS MEDIDAS A CONSIDERAR

Cualquier análisis más detenido de las decisiones judiciales sobre la custodia de menores revela que muchas de las pretensiones están condicionadas o al menos relacionadas con factores económicos referidos a la atribución de la vivienda familiar y a la fijación de alimentos. Ello todavía se hace más evidente cuando se viene exigiendo un plan de parentalidad planteado como un accesorio del convenio regulador³³, pues en ese momento se estarán discutiendo, a la vez, aspectos patrimoniales y personales que afectan al régimen de custodia consensuado o propuesto por alguno de los padres. Elementos que se repetirán en cualquier solicitud futura de cambios.

5.1 Atribución de la vivienda familiar

El artículo 96 del CC contempla tres escenarios para la atribución de la vivienda familiar en supuestos de crisis matrimonial, siempre poniendo a los menores como sujeto principal en las pretensiones de uso del inmueble.

La regla general establece que, en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

31 Expresión muy criticada por PÉREZ VALLEJO, A. y SAINZ CANTERO CAPARRÓS, B., *op.cit.*, TOL7.074.161.

32 No se trata de «rellenar formularios», dice la SAP de Barcelona de 10 de mayo de 2017.

33 Las SSAP de Barcelona de 5 de noviembre de 2013, 9 de septiembre de 2015 y 18 de octubre de 2016 y de Girona de 28 de junio de 2013 destacan la relación género/especie con el convenio regulador.

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Pues bien, a pesar de que la citada reforma del CC en el año 2005 introdujo la posibilidad de acordar la custodia compartida, no se modificó el artículo 96 para añadir una solución para la disputa sobre el uso de la vivienda familiar cuando la guarda y custodia de los menores se ejerce de forma alternada por los dos progenitores.

La aplicación, sin más, del criterio del artículo 96. I CC sería posible sin mayores problemas en aquellas modalidades «nido», es decir se adjudica el uso de la vivienda con carácter indefinido a los menores, y al progenitor custodio que en cada momento corresponda, pues la alternancia es llevada a cabo por los padres y no por el menor³⁴. Con todo, se trata de una solución económicamente compleja, pues es difícilmente asumible la manutención de tres viviendas³⁵.

Atribuir a uno de los progenitores, por ejemplo, aquél que tenga la situación económica menos ventajosa, el uso de la vivienda hasta que el menor (o menores) alcance la mayoría de edad, puede ser vista como una atribución indefinida, según la edad del niño en el momento de la atribución, y por lo tanto, una situación difícilmente justificable. De ahí que se venga considerando la atribución como temporal. La STS de 20 de febrero de 2018 considera que «la atribución de la vivienda a la madre hasta la mayoría de edad del hijo equivale a una atribución indefinida de la misma», y ponderando las circunstancias del caso concreto estima una atribución del uso por anualidades alternas hasta la división del patrimonio común de los litigantes, manteniéndose la esposa en el uso durante la primera anualidad confirmando lo acordado por la sentencia de primera instancia.

Ello porque, para solucionar el vacío legal descrito, el Tribunal Supremo aplica analógicamente el supuesto del párrafo segundo del artículo 96, es decir, la posibilidad de resolver «lo procedente» cuando unos hijos estén bajo la guarda y custodia de un progenitor, y otros en compañía del otro. De ese modo, deberá proceder a una adecuada ponderación de los intereses en juego y establecer un régimen de uso adecuado al efecto.

La STS de 13 de noviembre de 2018 confirma la doctrina jurisprudencial (SSTS de 22 y 24 de octubre de 2014, 27 de junio; 6 de abril y 21 de julio de 2016, 23 de enero, 12 de mayo, 22 de septiembre de 2017 y 10 de enero de 2018), en el sentido de que la atribución de la vivienda familiar en esas circunstancias no es definitiva. Así, en el caso resuelto por la STS de 10 de enero de 2018 se mantiene que, en el supuesto enjuiciado, la actual corriente doctrinal establece que en los supuestos de una custodia compartida en el que la menor se desplaza al domicilio del progenitor con el cual convive semanalmente ya no se puede hacer adscripción de la vivienda familiar indefinida a la menor y al padre o madre con quien conviva.

Considera el Tribunal Supremo que el Juez debe hacer una ponderación de los intereses más dignos de protección, de acuerdo con las circunstancias concurrentes en cada

34 . En la STS de 7 de junio de 2018, en un caso de custodia compartida, se hace la atribución del uso de la vivienda por periodos de tiempo alternos de una semana hasta la liquidación de la sociedad de gananciales y no hasta la mayoría de edad del hijo menor.

35 Como bien explica COSTA RODAL, L., «Limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar y custodia compartida en la reciente jurisprudencia del TS», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num.11/2016, parte Doctrina, consultado en BIB 2016\85676.

caso, con especial atención a criterios como el derecho de los menores a una vivienda adecuada donde permanecer con cada uno de los progenitores en los períodos de custodia acordados para cada uno de ellos, la situación económica de los progenitores³⁶, así como el hecho de si la vivienda es común o si pertenece en exclusiva al otro cónyuge o a un tercero.

5.2 Fijación de la pensión de alimentos

Está extendido el discurso de que en aquellas decisiones judiciales en que se fija que la prestación de alimentos será satisfecha directamente por cada progenitor, durante el período que le corresponda en la alternancia del menor en los dos domicilios, de tal manera que ninguno de ellos deberá abonar al otro una pensión de alimentos. En todo caso, los demás gastos ordinarios o extraordinarios serían sufragados por partes iguales.

En el caso resuelto por la STS de 14 de octubre de 2015 se establece que «A falta de acuerdo, el reparto del tiempo de custodia será semanal y satisfarán directamente los alimentos del menor en su propio domicilio, abonando los gastos ordinarios y extraordinarios al 50%». Para ello, los cónyuges deberían abrir una cuenta común para el abono de las cantidades correspondientes de los menores, como son las cuotas escolares, material escolar, uniformes, clases extraescolares, etc., ingresando en esa cuenta la misma cantidad cada progenitor.

Es cierto que dicho criterio está presente en muchos acuerdos de ruptura de convivencia y sentencias judiciales al respecto, pero un análisis de la reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo descarta un automatismo. Es decir, la fijación de un régimen de custodia compartida no significa necesariamente que no se establecerá una pensión de alimentos para los hijos, por parte de alguno de los progenitores.

En más de una ocasión surge la cuestión de si es equitativo, en términos de responsabilidad parental que la igualdad de tiempos deba conllevar una contribución estrictamente paritaria, cuando existe una evidente disparidad de ingresos entre los progenitores.

Para analizar esa perspectiva, es preciso tener en cuenta la STS de 11 de febrero de 2016. El punto de partida del análisis del supuesto planteado es el criterio de que el hecho de que la custodia sea compartida no exime al Juez de hacer un pronunciamiento sobre los alimentos de los hijos. La fijación de un régimen igualitario de custodia no implica necesariamente que los alimentos de los hijos deban ser satisfechos en todo caso directamente por el progenitor bajo cuya guarda se encuentren los menores, con exclusión de las prestaciones alimenticias.

Mantiene que la custodia compartida no exime del pago de alimentos cuando uno de los progenitores no percibe rendimiento o salario alguno, que es lo que ocurre en el presente caso, o en las situaciones en las que exista una desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges, pues con ello se evita que el cambio de domicilio genere una situación de inestabilidad a los menores o que éstos tengan que pasar penurias económicas. En ese sentido, la custodia compartida sería una forma de organizar entre los progenitores la guarda de los menores basada en la alternancia de los tiempos de estancia con los menores, pero sin que ello presuponga necesariamente un concreto reparto entre ellos (a

³⁶ En la STS de 9 de mayo de 2018 se confirma la atribución a favor de la madre con menos recursos económicos en este momento, pero con una limitación a tres años.

partes iguales) de la contribución al sostenimiento de los menores. En concreto, el TS fundamenta su decisión en el artículo 146 CC, 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.

En la misma senda, la STS de 5 de noviembre de 2019 que entendió que no fue desproporcionada la decisión de la Audiencia que estableció los alimentos teniendo en cuenta, para el caso concreto, la fijación conforme a las necesidades del menor, a la capacidad económica de ambos progenitores y a los tiempos de estancia en casa de cada uno³⁷.

V. CIRCUNSTANCIAS PARA EL CAMBIO EN EL RÉGIMEN DE CUSTODIA

La foto fija que representa una decisión sobre la guarda y custodia de menores puede sufrir cambios sustanciales con el paso del tiempo. Los menores crecen y en cada etapa de su desarrollo pueden surgir nuevas necesidades o conformarse de otra manera la relación con los progenitores, la situación económica y laboral de los padres pueden verse afectadas, en fin, el propio dinamismo de las relaciones humanas, unido a factores externos pueden hacer aconsejable el cambio en el régimen inicialmente acordado³⁸.

Prueba de ello es la STS de 26 de junio de 2015. El TS estima que, aunque al tiempo de la quiebra de la unidad familiar ambos progenitores consideraron que la guarda exclusiva de la madre era la que mejor se adaptaba a las necesidades de la niña, el simple transcurso del tiempo puede tener entidad suficiente para modificar el estatus entonces creado. Y añade «la rutina en los hábitos de la niña que resultan del régimen impuesto en el convenio regulador no solo no es especialmente significativa, dada su edad, sino que puede ser perjudicial en el sentido de que no se avanza en las relaciones con el padre a partir de una medida que esta Sala ha considerado 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, de una forma responsable».³⁹

Todos los criterios aquí expuestos no se refieren exclusivamente a las primeras medidas relacionadas con la ruptura de la convivencia, sino que pueden ser tenidos en cuenta para futuros cambios.

Sobre la cuestión también ha de traerse a colación la STS de 13 de diciembre de 2017. En este caso, el padre, profesor de secundaria y privado de la custodia, se traslada de Talavera a Arenas de San Pedro para estar más cerca de sus hijos y pide la custodia compartida, alegando que uno de los hijos menores tiene dificultades escolares y quiere estar más tiempo con su madre. El Tribunal Supremo confirma la sentencia del Juzgado accediendo a la petición de modificar la medida, en contra de la sentencia dictada por la Audiencia que, según el TS no tiene en cuenta el interés del menor, el cambio de orientación del artículo

37 La STS de 18 de julio de 2018 determina que en el supuesto de una menor de 17 años que cambió la residencia a casa de su padre, de forma pactada por los progenitores, los alimentos se han de abonar por la madre, desde la fecha en que la menor pasó a vivir con el padre; eso sí, en la determinación de la cuantía se debe tener en cuenta el criterio de proporcionalidad que obliga a una adecuada ponderación de las necesidades de la menor y de la capacidad económica de sus progenitores, incluida la merma salarial de la madre y el incremento de retribución del padre.

38 Vid. con detalle la STS de 24 de septiembre de 2019.

39 Al acordar la custodia compartida, el Tribunal Supremo redujo a la mitad los alimentos que satisfacía el padre.

90 en lo atinente a la posibilidad más flexible ahora de pedir modificación de medidas, y el cambio de circunstancias derivadas del transcurso del tiempo como son el traslado laboral del padre y la necesidad de un mayor control y apoyo pedagógico del menor de los hijos⁴⁰.

En contra de la modificación del régimen acordado, se pueden citar las SSTs de 9 de marzo de 2016 y 24 de abril de 2018. En el caso resuelto por la STS de 25 de septiembre de 2018 no se concede la alteración del régimen a custodia compartida porque no concurre causa que justifique el cambio que, de común acuerdo, pactaron padre y madre, tan solo dos años antes y en fechas en el que la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera ya era propicia a la custodia compartida, pese a lo cual adoptaron el sistema de custodia por la madre. Asimismo, la situación entre los progenitores es tensa y llena de desconfianza, lo que dificulta la relación entre ellos.

Es obligado señalar que la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria modificó el artículo 90 CC, en el sentido de que ya no es necesario un cambio sustancial de circunstancias para pedir modificación de medidas, sino que ésta podrá solicitarse cuando «así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de circunstancias de los cónyuges». Esta mayor flexibilidad aplaudida por algunos viene también acompañada de muchas críticas respecto de la saturación de los juzgados por conflictos entre los progenitores. En esa línea se reclama un cambio de cultura, para introducir la mediación familiar como el mecanismo idóneo para solucionar esos y otros conflictos sobre el ejercicio de la responsabilidad parental⁴¹.

La STS de 5 de abril de 2019 recuerda, en la línea de la STS de 24 de mayo de 2016, que no es preciso que el cambio de circunstancias sea sustancial sino que sea cierto e instrumentalmente dirigido al interés y beneficio del menor⁴².

En todo caso, el Tribunal Supremo no funciona como una tercera instancia, de tal manera que siempre que se traten de resoluciones fundadas en la valoración probatoria y el interés superior del menor, no procederá el cambio de régimen. La STS de 18 de julio de 2019 desestima el recurso de casación presentado por el padre, pues en la sentencia recurrida que denegaba la custodia compartida se expresan con detalle los argumentos que propician el rechazo, no pudiendo apreciarse una desviación jurisprudencial, sino una resolución del conflicto conforme a los intereses en juego y primando el interés superior de los menores⁴³.

VI. BREVES CONCLUSIONES

A partir del análisis de la evolución de los criterios de decisión sobre la guarda y custodia compartida de los menores y de las formas de ejercicio de las responsabilidades parentales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se puede destacar que:

40 También sobre los cambios inequívocos y relevantes en orden a la custodia de la menor se puede ver el caso de la STS de 10 de octubre de 2018.

41 Incluso el nombramiento de un coordinador de parentalidad. Sobre este tema, vid. PÉREZ VALLEJO, A., «La coordinación de parentalidad en Derecho comparado y su incorporación al sistema judicial español», *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, 2019, págs. 3-32.

42 El informe emitido por el equipo psicosocial, sin hacer un reproche peyorativo de la madre, puso el acento en la enfermedad que ella padecía, proyectada al interés de la menor, resultando determinante para modificar la custodia materna y atribuirle al padre.

43 Cfr., asimismo, la STS de 17 de enero de 2019.

- La custodia compartida ya no es un régimen excepcional en España.
- La jurisprudencia del Tribunal supremo en materia de custodia compartida ha superado sobradamente el canon de la excepcionalidad recogido expresamente en su artículo 98.5 CC, para conformar una doctrina sólida que avanza en la superación, cuando las circunstancias lo aconsejen y nunca en situaciones de violencia, de la guarda y custodia compartida como criterio preferente.
- Las fórmulas de coparentalidad y la práctica de la mediación -así como la intervención de un coordinador de parentalidad- son instrumentos de ejercicio de la autonomía y responsabilidad idóneos para garantizar la estabilidad de las relaciones posteriores a la ruptura de la convivencia de los progenitores. Se puede destacar que disminuyen las interferencias parentales negativas.
- En todo caso, no hay una respuesta única, pues el modelo de ejercicio de la guarda y custodia de los hijos es un traje a medida, cuya confección debe estar siempre presidida por el superior interés del menor. En consecuencia, el aumento estadístico de custodias compartidas no conlleva a un automatismo en su atribución⁴⁴.
- Cuando no es posible establecer un régimen de custodia compartida, por ejemplo, debido a la distancia entre los domicilios de los progenitores, siguiendo el principio de proporcionalidad en interés del menor, se tiende a equilibrar, en la medida de lo posible, el contacto con ambos progenitores, por medio de una mayor flexibilidad en el régimen de comunicación y visitas.
- De ese modo, el aumento del número de sentencias sobre custodia compartida está modificando el discurso jurídico, al introducir, el necesario acuerdo responsable sobre el cuidado de los menores. En ese punto, la exigencia de presentación de un plan de parentalidad para la atribución de la custodia compartida está cambiando la manera de argumentar las decisiones judiciales en la materia.
- Por todo ello, se puede decir que la doctrina jurisprudencial de la custodia compartida introduce matices de negociación en un sistema judicial esencialmente controversial. En este campo, la penetración de las técnicas mediadoras es evidente debido a la búsqueda de acuerdos más estables, alejados de la dinámica de vencedores y vencidos.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ OLALLA, P. «Última jurisprudencia del TS en materia de Custodia Compartida», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num.3, 2018, Jurisprudencia. Comentarios. Consultado en BIB 2018\6537.
- CASADO CASADO, B. «Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Evolución. Valoraciones sobre el cambio de tendencia jurisprudencial», *Diario La Ley*, núm. 9177, 2018. Consultado en LA LEY 2713/2018.

⁴⁴ Vid., por todas, la STS de 18 de julio de 2019.

- COSTA RODAL, LUCÍA. «Limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar y custodia compartida en la reciente jurisprudencia del TS», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num.11/2016 parte Doctrina. Consultado en BIB 2016\85676.
- HERRERA DE LAS HERAS, R. «Sobre la necesidad de una nueva regulación de la guarda y custodia compartida» *Actualidad Civil*, núm. 10, 2011, consultado en LA LEY 6638/2011.
- LAUROBA LACASA, E., «Los Planes de parentalidad en el Libro segundo del Código civil de Cataluña», *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 111, núm. 4, 2012, págs. 887 y ss.
- LEGERÉN-MOLINA, A. «Los planes de parentalidad», *Revista de Derecho Privado*, núm. 6, 2018, págs. 3 y ss.
- MARTÍNEZ CALVO, J. «Incidencia de la edad del menor en la determinación del régimen de custodia. Comentario a la STS de España, núm. 182/2018, de 4 de abril», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 2019, págs. 444 y ss.
- NAVAS NAVARRO, S. «Menores, guarda compartido y plan de parentalidad (especial referencia al derecho catalán)», *Revista de derecho de familia*, núm. 54, 2012, págs. 23 y ss.
- PÉREZ VALLEJO, A. «La coordinación de parentalidad en Derecho comparado y su incorporación al sistema judicial español», *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, 2019, págs. 3 y ss.
- PÉREZ VALLEJO, A. Y SAINZ CANTERO CAPARRÓS, B. *Protección de la infancia y marco jurídico de la coparentalidad tras la crisis familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018. Consultada en TOL7.074.159 a TOL7.074.166.