

DIVORCIOS. La custodia compartida. La doctrina del Tribunal Supremo sobre guarda y custodia compartida: sentencias clave. La guarda y custodia compartida se encuentra en pleno debate legislativo, jurisprudencial y doctrinal en nuestro país desde que la Ley 15/2005, de 8 de julio, la introdujera de forma expresa en nuestro Derecho Civil.

Por ello, por su interés, y con autorización de sus editores, reproducimos este trabajo de Ana María Gómez Megías, originalmente publicado en el Diario La Ley del 5 de abril de 2016.

A pesar de las limitaciones con las que esta reforma abordó la guarda y custodia compartida, el TS, en su Sentencia de 29 de abril de 2013, señaló que la redacción del art. 92 CC «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».

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

Romper con esta resistencia era lo que pretendía el Anteproyecto de Ley de Corresponsabilidad parental, que en su Exposición de Motivos señalaba que «La introducción de un artículo 92 bis del Código Civil tiene como objeto

regular los cambios necesarios para conseguir un sistema legal donde desaparezcan las rigideces y las preferencias por la custodia monoparental», pero «sin establecer la guarda y custodia compartida como preferente o general, debiendo ser el juez en cada caso concreto, y siempre actuando, no en interés de los progenitores, sino en interés de los hijos, quien determine si es mejor un régimen u otro».

Este proyecto de ley no vio la luz en la legislatura pasada, en opinión de muchos expertos, por la presión ejercida por determinados grupos sobre el poder legislativo («La presión social e intereses asociativos impiden la aprobación de una ley de guarda y custodia compartida», entrevista a Juan Pablo González del Pozo y Ángel Luis Campo Izquierdo, magistrados de familia). Sin embargo, son ya 5 las Comunidades Autónomas que ha aprobado leyes regulando este modelo de guarda y custodia, lo que, en opinión de los profesionales del Derecho de familia, supone una discriminación para los ciudadanos de los territorios de derecho común, que tienen muchas más dificultades para conseguir una custodia compartida con plenas garantías.

Dada esta ausencia de regulación legal a nivel estatal, los Tribunales han ido definiendo un modelo de custodia que se va perfilando por vía jurisprudencial, en tanto se apruebe definitivamente una Ley de guarda y custodia compartida.

Desde que el Tribunal Supremo superó en su Sentencia de 29 de abril de 2013 la excepcionalidad con que se contemplaba la custodia compartida y fijó un elenco de criterios para valorar la conveniencia de su aplicación, han sido muchas las cuestiones relacionadas con este modelo de custodia sobre las que, ante el vacío legal, se ha tenido que pronunciar. Destacando, como veremos, en su última sentencia (STS 194/2016, de 29 de marzo), la importancia de que las Audiencias respeten su doctrina en aras de la seguridad

jurídica, por encontrarnos ante «un sistema necesitado de una solución homogénea por parte de los Tribunales a los asuntos similares».

Hagamos un repaso de los pronunciamientos más importantes del Tribunal Supremo en los últimos años.

I. La custodia compartida como sistema normal y deseable

Como se ha comentado, que el sistema de guarda y custodia compartida es el sistema «normal e incluso deseable» es la línea marcada por el TS desde el año 2013.

Pero nunca lo había hecho con la rotundidad con que lo ha manifestado en la citada sentencia 194/2016, de 29 de marzo, en la que hace una contundente llamada de atención a la AP Madrid por no conceder el régimen de guarda y custodia compartida en el supuesto analizado.

El TS casa y anula la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid en fecha 24 de febrero de 2015 (número 22136/2015), que niega al actor la guarda y custodia compartida de su hijo menor, recordando a este órgano judicial que debe seguir la doctrina marcada por el Alto Tribunal.

«La sentencia, ciertamente, desconoce, como si no existiera, la doctrina de esta Sala y pone en evidente riesgo la seguridad jurídica de un sistema necesitado de una solución homogénea por parte de los Tribunales a los asuntos similares. Pero más allá de este desconocimiento de la jurisprudencia y de un escaso o nulo esfuerzo en incardinar los hechos que se ofrecen por ambas partes en alguno de los criterios reiteradamente expuestos por esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, se conoce perfectamente el razonamiento que lo niega y que es, en definitiva, lo que

justifica el interés casacional del recurso de casación, que también se formula, por oponerse a la jurisprudencia de esta Sala. (...) ».

«La sentencia no solo desconoce la jurisprudencia de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, sino que más allá de lo que recoge la normativa nacional e internacional sobre el interés del menor, resuelve el caso sin una referencia concreta a éste, de siete años de edad, manteniendo la guarda exclusiva de la madre y dejando vacío de contenido el artículo 92 CC en tanto en cuanto de los hechos probados se desprende la ausencia de circunstancias negativas que lo impidan».

II. Necesidad de probar la conveniencia de la custodia compartida

Si bien a partir de la mencionada sentencia de abril de 2013, el TS inicia una línea jurisprudencial a favor de la guarda y custodia compartida, también ha destacado la necesidad de probar y justificar la conveniencia de dicho modelo. Los criterios establecidos en la Sentencia de 29 de abril de 2013 han de ser integrados con hechos y pruebas y así lo señaló en la Sentencia número 515/2015, de 15 de octubre de 2014:

«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».

En el caso analizado por la sentencia, se denegó la guarda y custodia compartida por concluir, tras el análisis de las pruebas practicadas, que no era éste el modelo más beneficioso para el menor:

«Sucede en este caso que es la madre quien se dedicó prácticamente en exclusiva al cuidado de los tres niños desde su nacimiento hasta el momento actual, quien por tal motivo dejó de trabajar, y sin que se le pueda efectuar reproche de ningún tipo en cuanto a las labores de cuidado, atención y correcto ejercicio de las funciones parentales; que el padre tiene una menor disponibilidad de tiempo para el cuidado y la atención de los mismos; que de la prueba practicada, esencialmente el Dictamen del equipo Psicosocial y el interrogatorio de la Sra. Elisabeth, entendemos que existe una relación de conflictividad centrada, fundamentalmente, entre la Sra. Elisabeth y la familia paterna, que puede no resultar beneficiosa para los hijos teniendo en cuenta las labores de cuidado y atención que deberían prestarles en razón a esa escasa disponibilidad de tiempo por parte del padre; todo lo parece la fórmula idónea para proteger el interés de los menores que es lo que, en definitiva, fundamenta la medida».

Insiste sin embargo el tribunal en la reiterada sentencia 194/2016, de 29 de marzo, que se trata de supuestos concretos que impiden formular una doctrina concreta: «Es cierto que algunas resoluciones de esta Sala han denegado este régimen de custodia pese al establecimiento en la instancia de un sistema amplio de comunicaciones de uno de los progenitores con los hijos. Se trata de resoluciones concretas en las que no era posible el tránsito de una guarda exclusiva a otra compartida con base a las circunstancias debidamente

valoradas en la sentencia recurrida y siempre en interés del menor (lo que impide formular una doctrina concreta)»

III. Supuestos de conflictividad entre los progenitores

Desde que en su Sentencia de 22 de julio de 2011 señalara 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», el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en los últimos dos años.

1. En la Sentencia 619/2014 de 30 de octubre de 2014, el Alto Tribunal consideró, que no era posible acordar la guarda y custodia compartida porque la situación de conflictividad entre los progenitores la desaconsejaba.

En la sentencia recurrida se partía de la aptitud de ambos padres, pero por referencia a la sentencia del juzgado se asume la situación de conflictividad como perjudicial para el interés del menor, lo que desaconseja la adopción del sistema de custodia compartida.

El Tribunal recuerda los criterios establecidos en su Sentencia de 29 de abril de 2013 y concluye: «Esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la de adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad».

2. Sin embargo, en Sentencia 96/2015, de 16 de febrero, el Tribunal Supremo consideró «razonables» las divergencias entre los padres, lo cual no imposibilita el régimen de guarda y custodia compartida «que es deseable

porque fomenta la integración del menor con ambos progenitores, sin desequilibrios, evita el 'sentimiento de pérdida', no cuestiona la idoneidad de los padres, y estima la cooperación de los mismos en beneficio del menor»

El Alto Tribunal revoca la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, que concedió la custodia a la madre al estimar que había un «importante» nivel de conflictividad y tensión en la pareja que permitía inferir que la custodia compartida no sería una solución «sino un semillero de problemas» que iba a intensificar «la judicialización de la vida de los litigantes» e incidir negativamente en la estabilidad del menor. Como pruebas de esa tensión, tuvo en cuenta las «discrepancias serias» por el colegio de escolarización del menor (por motivos económicos, ya que estudiaba en un centro privado no concertado), y el hecho de que la mujer hubiese sido condenada por una falta de coacciones tras una denuncia de su marido por haber cambiado la cerradura de la vivienda familiar.

Para el Supremo, las razones esgrimidas por la Audiencia para desaconsejar la custodia compartida en este caso «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, porque la condena por coacciones de la mujer no supone demérito alguno para el hombre (recurrente en casación), y en segundo lugar, porque la discrepancia sobre el colegio del menor y sus consecuencias económicas «supone una divergencia razonable».

De ese modo, la sentencia 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 dos profesionales como los ahora litigantes (ambos son profesores universitarios)». Y declara que «la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de

que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad».

3. STS 465/2015, de 9 de septiembre de 2015, se pronunció sobre las discrepancias de los padres sobre la custodia compartida, estableciendo que éstas no impiden que se acuerde si beneficia a los menores.

En el caso analizado, el Juzgado de primera instancia acordó el régimen de guarda y custodia compartida excluyendo que los conflictos entre los progenitores tuviesen intensidad tan relevante como para que los progenitores olvidasen el interés de sus hijos al objeto de hacer valer su propio interés. No compartió la sentencia de instancia la conclusión del informe psicosocial que consideraba como obstáculo para la guarda y custodia compartida la discrepancia de los progenitores sobre la misma.

La AP de Guipúzcoa revocó parcialmente la sentencia, atribuyendo la guarda y custodia del menor a la madre, apoyando su decisión en la mayor imparcialidad del informe del equipo psicosocial frente a los de parte; la escasa edad de los menores (9, 7 y 4 años); el acuerdo de 27 de junio de 2012, suscrito entre ambos progenitores en el que acordaron que la guarda y custodia de los menores la ostentara la madre y en el que no se aprecia acreditada intimidación, ni error esencial, ni dolo ni ningún vicio esencial del consentimiento, sin apreciarse motivo para la resolución del acuerdo (art. 1124 CC) y en el desacuerdo sustancial en relación al cambio de domicilio de los hijos.

El TS casa la sentencia de la AP asumiendo la de instancia: «... la mera discrepancia sobre el sistema de custodia compartida no puede llevar a su

exclusión, máxime cuando antes del inicio del proceso judicial las partes supieron adoptar un sistema de visitas por parte del padre casi tan amplio como el de custodia compartida, a ello se une el mutuo reconocimiento de las aptitudes de la otra parte y el cariño y estabilidad psicológica de los menores.

Por tanto, 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 esta Sala no es ajena a la importancia y trascendencia de este tipo de informes técnicos» (...) «En 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”».

4. En la Sentencia 143/2016, de 9 de marzo de 2016, el alto tribunal recuerda que la adopción del sistema de custodia compartida requiere una mínima capacidad de diálogo, para no perjudicar el interés del menor, «y en el presente caso no se puede pretender un sistema compartido de custodia cuando las partes se relacionan solo por medio de SMS y de sus letrados, lo que abocaría al fracaso de este sistema que requiere un mínimo de colaboración que aparque la hostilidad y apueste por el diálogo y los acuerdos».

5. Recogemos también la solución dada por alguna Audiencia de territorio con legislación propia sobre guarda y custodia compartida.

La Audiencia Provincial de Girona, en Sentencia 13/2014, de 16 enero 2014, consideró que la conflictividad entre ambos progenitores no era de tal gravedad como para dificultar seriamente el régimen de guarda propuesto, apreciándose que ambos tenían suficiente capacidad y recursos personales para superar los conflictos que pudieran surgir con relación a aquellos aspectos que afectasen a los hijos, estableciendo para la superación de esos conflictos, una serie de

atribuciones y criterios para el ejercicio compartido de las funciones habituales relacionadas con los hijos:

«Ningún impedimento debe existir para el establecimiento del nuevo sistema el hecho de que exista conflictividad entre los progenitores, pues en cuanto al tema concreto del ejercicio de la guarda, tal conflictividad ninguna trascendencia tiene. La conflictividad puede dificultar no el ejercicio de la guarda, sino aquellas funciones más habituales y comunes relacionadas con el ejercicio de dicha guarda (compra de ropa, gestión de las actividades extraescolares, gestión de las visitas al médico, etc), pues bien, si se prevé que en dichas cuestiones pueden surgir conflictos, no cabe otra solución que distribuirlos entre ellos, y por ello la implantación del plan de parentalidad. Y si en cuestiones más trascendentales también existe conflictividad, también cabe la distribución de funciones de la potestad parental. En todo caso, es cierto que durante el proceso de separación se produjeron diversos conflictos, pero, visto el informe pericial no se aprecia que los mismos sean del tal gravedad como para no establecer una guarda compartida».

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia 163/2015 de 8 de julio de 2015, de esta misma Audiencia.

IV. La atribución de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida

La medida sobre la custodia incide de manera clara sobre los pronunciamientos económicos de las sentencias, y en concreto sobre la pensión de alimentos y la atribución del uso de la vivienda familiar. Resulta por tanto inexplicable, en opinión de los profesionales, el silencio del legislador sobre este punto en la reforma de 2005. Ante este vacío legal, en materia de vivienda, el Tribunal Supremo ha ofrecido diversas soluciones, que oscilan entre la aplicación del

párrafo primero del artículo 96, la aplicación analógica del segundo párrafo de este artículo o bien el sometimiento a liquidación del inmueble.

1. Atribución del uso a uno de los progenitores

La STS 368/2014, de 2 de julio de 2014 estableció el régimen de custodia compartida sobre dos menores, dejando a la ejecución de 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:

1.^a Se procurará que la convivencia con cada progenitor sea lo menos distorsionadora posible en relación a la escolarización de los niños.

2.^a 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.

3.^a No se podrá separar a los dos hermanos.

4.^a 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.

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

Como señala Belén Ureña Carazo: «nada dice el Tribunal Supremo sobre el modo de atribución de la vivienda familiar en este régimen de custodia, tan sólo se hace referencia a que deberá tenerse en cuenta la atribución del uso del domicilio conyugal a la hora de determinar la cuantía de los alimentos. Luego, implícitamente está dando por hecho que el uso de la vivienda familiar se

atribuye a uno de los progenitores, lo que supondría, en principio, la aplicación del párrafo primero del artículo 96 CC» («Vivienda familiar y custodia compartida (a propósito de la STS núm. 594/2014, de 24 de octubre)», LA LEY Derecho de familia, núm. 6/2015).

2. Aplicación analógica del art. 96.2 CC

Estableció el TS en su sentencia 593/2014 de 24 de octubre de 2014 que «el Código Civil, no contiene una regulación específica de esta materia, y que en este supuesto ha de aplicarse analógicamente el párrafo segundo del art. 96, 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.»

En este caso, el Tribunal entendió que debía imponerse una limitación del derecho de uso de dos años contados desde su sentencia, periodo razonable para que la esposa pueda regularizar su situación económica mediante el acceso a un empleo, que le permita acceder a una vivienda digna donde convivir con su hijo en los periodos que le corresponda estar con él.

3. Sometimiento a liquidación de la vivienda

En el caso de la sentencia 576/2014 de 22 de octubre de 2014, la solución dada por el Tribunal a la cuestión de la vivienda familiar en un supuesto de guarda y custodia compartida fue su sometimiento a liquidación, dado que no consta que la madre necesite una especial protección. El inmueble, establece la Sentencia, debe quedar sometido, en su caso, al correspondiente proceso de liquidación, sin que pueda continuar la madre en su uso, más allá de un plazo prudencial:

«... adoptándose el sistema de custodia compartida, el hijo queda en compañía de ambos cónyuges, no constando que la madre precise de una protección especial, dado que la misma según manifiesta ella es secretaria de dirección en un Hospital y según el padre es profesora del colegio del menor y convive en la que era residencia familiar con su actual pareja. Es decir, la vivienda que fue familiar queda sin adscripción expresa dado que ambos padres tienen la custodia y no consta que la madre necesite una especial protección, así que quedará sometido el inmueble al correspondiente proceso de liquidación.»

- En la STS 465/2015, de 9 de septiembre de 2015, el Tribunal mantiene la atribución que el juzgado hizo al padre de la vivienda al considerar que ostentaba el interés más digno de protección. Sin embargo, señala el Tribunal que «no consta la necesidad de que al padre se le atribuya la vivienda familiar "sine die"», por lo que «se fija un plazo de tres años durante el cual el padre podrá hacer uso de la vivienda familiar y garaje, tras el que deberá abandonarla, salvo pacto entre las partes, quedando integrada la vivienda y el garaje en el proceso de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales»

- Misma solución encontramos en la STS 658/2015 de 17 de noviembre de 2015: «Esta Sala, al acordar la custodia compartida, está estableciendo que la menor 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 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, con el fin de facilitar a ella y a la menor (interés más necesitado de protección), la transición a una nueva residencia, transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales».

V. Pensión de alimentos

Hasta ahora, el TS venía refiriéndose a la pensión de alimentos, en supuestos de guarda y custodia compartida, estableciendo que cada progenitor los satisfará el tiempo que esté con ellos, al tratarse de supuestos en los que no había desproporción en los ingresos:

- Sentencia 571/2015, de 14 de octubre de 2015: «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%.»

-Sentencia 96/2015, de 16 de febrero 2015: «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».

- Sentencia 616/2014, de 18 de noviembre de 2014: «Se acuerda el sistema de guarda y custodia compartida en relación al hijo de los litigantes por periodos semanales durante los cuales cada progenitor, con ingresos propios, atenderá

directamente los alimentos cuando tenga consigo al hijo, debiendo hacer frente por mitad a los gastos escolares ordinarios, así como a los de salud que no estén cubiertos por la seguridad social o por seguro médico, siendo los gastos extraordinarios por mitad».

O bien se dejaba a la fase de ejecución de sentencia la determinación de los periodos de estancia, convivencia y alimentos de los menores con cada uno de los progenitores (STS 368/2014, de 2 de julio de 2014).

Ha sido en la sentencia 55/2016, de 11 de febrero de 2016 en la que el TS ha declarado expresamente que la guarda y custodia compartida no exime del pago de la pensión de alimentos si existe desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges.

En esta Sentencia, el TS no acepta la petición del padre de que, al adoptarse el sistema de custodia compartida, ya no es necesario el pago de alimentos, pues cada progenitor se debería hacer cargo de los mismos durante el periodo que tenga la custodia. Así:

- confirma que el padre debe pasar una pensión a su exmujer para la manutención de sus dos hijas menores, ya que la progenitora no percibe ingreso alguno, señalando 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»,

- y además rechaza que esa pensión pueda limitarse temporalmente (como hizo el Juzgado de Primera Instancia que estudió el asunto, que fijó el límite en dos años), «pues los menores no pueden quedar al socaire de que la madre pueda o no encontrar trabajo», más allá de que posteriormente pueda haber modificaciones si existe variación sustancial

de las circunstancias (art. 91 del Código Civil). Señala el Tribunal que 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».

VI. Distancia entre los domicilios de los progenitores

Ha señalado la doctrina que la distancia entre domicilios se ha de tener en cuenta para no atribuir la guarda y custodia compartida, sólo cuando pueda perjudicar al interés del menor por residir los progenitores en municipios lejanos, si por ejemplo afecta a sus periodos de sueño por los desplazamientos que deba realizar para ir al colegio. Como señala Patricia Escribano, la jurisprudencia menor viene entendiendo que la proximidad o lejanía de los domicilios es un factor que se ha de ponderar pero que no es «determinante ni excluyente, puesto que lo esencial es que tal diferencia sea compatible con el ejercicio conjunto de la custodia (SAP Barcelona, de 9 de abril de 2014)». («Guarda y custodia compartida y atribución de la vivienda familiar», Revista Práctica de Tribunales, núm. 119/2016)

El TS se ha pronunciado por primera vez sobre este punto en la sentencia 115/2016, de 1 de marzo de 2016. En este caso, el Tribunal deniega a un padre la custodia compartida de su hijo menor de edad, debido a la distancia entre su domicilio en Cádiz y el de la madre, con la que el menor convive, en Granada.

« Realmente la distancia no solo dificulta sino que hace inviable la adopción del sistema de custodia compartida con estancias semanales, dada la distorsión que ello puede provocar y las alteraciones en el régimen de vida del menor máxime cuando está próxima su escolarización obligatoria, razones todas ellas 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».

Con esta sentencia, según el TS «Se ha respetado escrupulosamente el interés del menor, eje que debe guiar las resoluciones judiciales y ello porque en la resolución recurrida no sólo se tiene en cuenta la corta edad del menor sino el trascendental dato de la distancia geográfica del domicilio de los progenitores (Cádiz-Granada)».

VII. Supuestos de violencia de género

Establece el art. 92.7 CC «no procederá la guarda y custodia conjunta cuando (...) el Juez advierta, de las alegaciones de los padres y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica».

El TS se pronunció sobre esta situación en sentencia 36/2016, de 4 de febrero de 2016.

En el caso analizado en esta sentencia el Juzgado estimó sustancialmente la demanda de la actora atribuyendo a ésta la guarda y custodia de sus dos hijos. La Audiencia Provincial de Bizkaia revocó la sentencia y acordó la guarda y custodia compartida de los menores entre ambos progenitores por semanas alternas.

Sin embargo, tras dictarse la sentencia de apelación, el padre fue condenado por un delito de violencia de género contra la ahora demandante (amenazas en el ámbito familiar), y se le prohibió acercarse a ella a una distancia inferior a

300 metros, así como comunicarse con ella por cualquier medio, todo ello durante un plazo de 16 meses.

Ante esta situación, el TS consideró que «Sin duda la Audiencia Provincial acierta en su respuesta a la pretensión del padre. Se establece la guarda y custodia compartida a partir de la integración de los hechos que considera acreditados en los criterios de esta Sala sobre guarda y custodia compartida» (...) «Nada habría que objetar, por tanto, si no fuera por la incorporación al rollo de esta Sala de una sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Gernica-Lumo de fecha 9 de enero de 2005, por un delito de violencia de género». 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. Es doctrina de esta Sala (SSTS 29 de abril de 2013; 16 de febrero y 21 de octubre 2015), que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto en sus relaciones personales que permita la adopción de 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».

«El art. 2 de la LO 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno "libre de violencia" y que "en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir"; criterios que aun expresados en una ley posterior a la demanda,

incorpora los que esta Sala ha tenido reiteradamente en cuenta a la hora de integrar el interés del menor.

Corolario lógico es lo dispuesto en el artículo 92.7 del Código Civil, según el cual, no procederá la guarda y custodia conjunta cuando cualquiera de los padres está incurso en un proceso penal incoado por atentar contra la vida física, la libertad, la integridad moral o la libertad o indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de los padres y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica».

A la vista de los hechos, el TS asume la sentencia de instancia y mantiene la guarda y custodia de los hijos acordada por el Juzgado en favor de la madre.



Alfredogarcialopez
ABOGADOS

