

Documento TOL7.984.355

Doctrina

Título: GUÍA DE CRITERIOS DE ACTUACIÓN JUDICIAL EN MATERIA DE CUSTODIA COMPARTIDA

Autores: [Consejo General de Poder Judicial](#)

Fecha: 29/06/2020

Coordinadores: [Consejo General de Poder Judicial](#)

Número epígrafe: 7

Título epígrafe: Análisis de la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo sobre custodia compartida

TEXTO:

ESTUDIO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO:

José Antonio Seijas Quintana,

Magistrado jubilado de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

SUMARIO:

I.-Planteamiento: II.-Las primeras sentencias tras la Ley 15/2005, de 8 de Julio. III.- Criterios para acordar la guarda y custodia compartida. IV.- Supuestos concretos: 1º. Plan contradictorio. 2º. Relaciones entre los cónyuges. 3º. Alimentos. 4º. Edad de los hijos. 5º. Distribución de los tiempos de estancia con cada uno de los progenitores. 6º. Violencia de género. 7º.- Distancia entre los domicilios. 8º. Vivienda. 9--Cambio de circunstancias. 10.-Recurso de casación.

1.-PLANTEAMIENTO.

La Ley 15/2005, de 8 de julio, admitió y reguló una nueva figura de custodia, como es la llamada guarda y custodia compartida, modificando, entre otros, el artículo 92 del Código Civil. Lo hizo en beneficio e interés de los hijos menores, pero sin definirla, mucho menos regularla, de una forma simplemente nominal y sin señalar como debe aplicarse. La Ley se limita a disponer que podrá acordarse cuando se solicite de común acuerdo por los padres en convenio regulador o en el transcurso del procedimiento, o cuando lo pida uno de ellos, con informe favorable del Ministerio Fiscal, informe que ha desaparecido de la redacción originaria.

La sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 de octubre (TOL2.675.044), declaró inconstitucional y nulo el inciso "favorable" del informe del Ministerio Fiscal contenido en el artículo 92.8 del Código civil, de tal forma que corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar este régimen en el marco de la controversia existente entre los progenitores.

Nada dice sobre cómo y de qué forma adaptamos este régimen a partir de unas medidas pensadas para la custodia monoparental. Lo único que dice es no podrá adoptarse cuando uno de los progenitores esté incurso en un proceso penal por alguno de los delitos mencionados en la norma, o existan indicios fundados de violencia doméstica. También para cuidar aspectos que son comunes a cualquier sistema de guarda como es la referencia a que se procure no separar a los hermanos, que se oiga a los menores antes de pronunciarse el Juez y que puedan incorporarse a la causa dictámenes de

especialistas cualificados. Nada más. Nada sobre aspectos tan fundamentales a su adopción, como son los alimentos, la vivienda familiar, los tiempos de convivencia, etc, probablemente porque el legislador pensó que este vacío sería llenado por la jurisprudencia, como así ha sido en realidad.

Ha sido el Tribunal Supremo el que, a través de numerosas resoluciones, ha ido marcando la pautas sobre el desarrollo de esta importante institución, que no elimina otros sistemas de custodia, y que poco a poco va calando en la sociedad consciente de la importancia de su adopción en beneficio del niño y de la tutela de sus intereses, a la espera de una necesaria reforma, que no llega.

El legislador nacional no está ni se le espera, a diferencia del autonómico con derecho civil propio, que en ésta y en otras cuestiones está tomando la iniciativa al estatal, como si se tratara de un régimen de custodia vinculado a una concreta ideología, que nada tiene que ver con una buena regulación de la familia en fase de ruptura y, en particular, con el interés de los hijos y el de sus padres, que es lo único que se debe tener en cuenta para acordarla.

En juego está no solo este interés, sino la seguridad jurídica que se pone en evidente riesgo no solo por una falta de regulación, y de medios materiales, sino por su exposición casi absoluta a las decisiones de los tribunales, siendo, como es, un instrumento legal puesto al servicio de la familia y de la propia sociedad, que necesita de forma urgente una normativa clara que garantice unas relaciones familiares más seguras en su desarrollo y en la ruptura, tomada de la jurisprudencia y de la experiencia alcanzada en estos últimos años.

Como es sabido, la quiebra o fracaso de dos individuos como pareja no comporta necesariamente su fracaso como padres. Pero, además, una buena regulación de la familia previene situaciones de violencia doméstica.

La Sala Primera del Tribunal Supremo ha recordado de manera reiterada - Sentencia 593/2018, de 30 de octubre- (TOL6.899.060), los criterios que se deben tener en cuenta para adoptar el régimen de guarda y custodia compartida, especialmente a partir de la sentencia 257/2013, de 29 de abril (TOL3.711.046), siempre en interés y beneficio de los hijos menores, no como una medida excepcional, sino como la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a mantener dicha relación con ambos progenitores, algo que se ha cuestionado en Aragón mediante la eliminación del carácter "preferente" de la custodia compartida, en la Ley 6/2019, que modifica el Decreto Legislativo 1/2011 (TOL7.153.042)

Y lo que es evidente, como se afirma en la sentencia 4372/2017 (TOL6.454.731), de 13 de diciembre, es que en los últimos años se ha producido un cambio notable de la realidad social y de la jurisprudencial, fundado en estudios psicológicos que aconsejan que la custodia compartida se considere como el sistema más razonable en interés del menor

Lo que recoge este trabajo es una síntesis de las sentencias más importantes dictadas por la Sala 1ª del Tribunal Supremo en materia de guarda y custodia compartida a partir de su inclusión en el Código Civil.

2.- PRIMERAS SENTENCIAS TRAS LA LEY 15/2005 DE 8 DE JULIO

1º) Sentencia del Tribunal Supremo 614/2009, de 28 de septiembre.

Niega la custodia compartida.

Es la primera sentencia que se dicta sobre guarda y custodia compartida. Aunque niega este sistema de custodia, sienta alguno de los criterios a tener

en cuenta en resoluciones posteriores:

(i) «La nueva regulación de la guarda y custodia compartida en el artículo 92 después de la reforma

producida por la Ley 15/2005 permite al Juez acordarla en dos supuestos: a) cuando sea pedida por ambos progenitores (párrafo 5), y b) cuando a pesar de no existir esta circunstancia, se acuerde para proteger el interés del menor de forma más eficaz (párrafo 8)1».

(ii) «se debe oír a los menores cuando tengan suficiente juicio, así como tener en cuenta el informe de los equipos técnicos relativos a "la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia" (artículo. 92.9 CC). Esta normativa debe completarse con lo establecido en el artículo 91 CC, que permite al Juez una amplia facultad para decidir cuál debe ser la solución adecuada a la vista de las pruebas que obran en su poder, de modo que en los procedimientos judiciales sobre menores no rige el principio dispositivo, tal como se afirma en la Exposición de Motivos de la vigente Ley de Enjuiciamiento civil y regula el artículo 752.1,2 LECiv. Además, en relación con la guarda y custodia compartida, el artículo 92.6 CC, establece que el Juez debe "valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda"».

(iii) «... la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores, como se afirma en la STC 141/2000, de 29 mayo, que lo califica como estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional», de tal forma que «la discusión sobre si se ha aplicado o no la norma fundando la decisión en el interés del menor tiene aspectos casacionales, mientras que la delimitación de la realidad que determina en cada caso concreto cuál es el interés del menor, no los tendrá. Este Tribunal ha considerado que, por tratarse de una facultad discrecional del juzgador, en el segundo aspecto no cabe impugnación casacional, a menos que en las actuaciones figuren "esas graves circunstancias que aconsejen otra cosa» (STS 17 julio 1995).

(iv) «la sentencia recurrida no ha establecido una guarda y custodia compartida, lo que se deduce de la no utilización del procedimiento establecido en el artículo 92, vigente en el momento de dictarse la sentencia de apelación al que podría haberse acogido, dado el principio que funciona en los procesos relativos al interés del menor, de modo que, aunque no se haya pedido la medida, el tribunal hubiera podido acordarla si ello hubiera beneficiado dicho interés. Por tanto, al no haber sido utilizada por el tribunal la figura de la guarda y custodia compartida, ya que lo único que realiza la sentencia recurrida es la determinación del régimen de visitas del padre, teniendo en cuenta este interés, no procede que esta Sala se pronuncie en este caso sobre la interpretación del artículo 92 CC después de la reforma de 2005».

2º) Sentencia 579/2011, de 22 de julio, que reitera la 323/2012, de 25 de mayo: La custodia compartida no es una medida excepcional.

Sirve para concretar algo que ha venido confundiendo a la doctrina y a muchos jueces. Me refiero a la excepcionalidad de la medida que menciona el art. 92.8 CC, redactado por ley 15/2005, que debe interpretarse en relación con el párrafo cinco del propio artículo que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro. Si no hay acuerdo, el Art. 92.8 CC no excluye esta posibilidad, pero en este caso, debe el Juez acordarla «fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor». De aquí que no resulta necesario concretar el significado de la «excepcionalidad», a que se refiere el Art. 92.8 CC, ya que en la redacción del artículo aparece claramente que viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla.

3º) Sentencia 623/2009, de 8 de octubre.

Se enumeran por primera vez algunos criterios para facilitar la determinación del interés del menor en la atribución de la guarda compartida:

«Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales

como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven».

4º) Sentencia 94/2010, de 11 de marzo: Primera Sentencia que acuerda este sistema de guarda.

Reitera los criterios de aplicación utilizados en la sentencia 623/2009, y rechaza los que se tuvieron en cuenta en la sentencia recurrida: uno, el que denomina «deslocalización» de los niños, cuando esta es una de las consecuencias de este tipo de guarda, y otro, la actitud de la madre al abandonar el domicilio familiar, puesto que la guarda compartida no consiste en «un premio o un castigo» al progenitor que mejor se haya comportado durante la crisis matrimonial, sino en una decisión, ciertamente compleja, en la que se deben tener en cuenta los criterios abiertos ya señalados que determinan lo que hay que tener en cuenta a la hora de determinar el interés del menor.

5º) Sentencia 252/2011, de 7 de abril: Relevancia de los informes técnicos.

Se refiere a la apreciación de los datos que van a permitir al Juez adoptar la medida, cuando no exista acuerdo de los progenitores, como son los informes técnicos que el Juez puede pedir de acuerdo con lo que dispone el art. 92.9 CC.

En el caso de que figuren estos informes, el Juez debe valorarlos para formarse su opinión sobre la conveniencia o no de que se adopte esta medida, o bien cualquier otra siempre en beneficio del menor, como ha venido recordando esta Sala en sentencias de 1 y 8 octubre y 11 marzo 2010 y 28 septiembre 2009. Pero sin que sean en modo alguno vinculantes, siendo el Juez al que corresponde su valoración a los efectos de tomar la decisión más adecuada para proteger el interés del menor, expresando en cualquier caso las razones de su decisión.

Este criterio se reitera en las sentencias de 21 de julio 2011 y 17 de diciembre de 2013, entre otras, precisando la sentencia 745/2012, de 10 de diciembre que la valoración de la prueba del informe de los servicios psicosociales debe ser asimilada a la de los peritos, aunque tenga una naturaleza no totalmente equiparada al informe pericial. El Juez debe valorar los informes periciales de acuerdo con lo que dispone el artículo 348 LEC. De este modo, solo cuando dicha valoración no respete «las reglas de la sana crítica», podrá impugnarse.

3.- CRITERIOS PARA ACORDAR LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.

1º) Sentencia 257/2013, de 29 de abril. Fija doctrina.

La sentencia sistematiza los criterios que, a juicio del Tribunal Supremo, se deben tener en cuenta, tomados de las anteriores resoluciones para incorporarlos como doctrina del Tribunal Supremo, en el fallo de la resolución.

La guarda y custodia se defiende como corolario lógico de que la continuidad del cumplimiento de los deberes de los padres hacia sus hijos resulta la mejor solución para el menor por cuanto le permite seguir relacionándose del modo más razonable con cada uno de sus progenitores, siempre que ello no sea perjudicial para el hijo, desde la idea de que no se trata de una medida excepcional, sino que, al contrario, debe considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a mantener dicha relación una vez que sus padres han roto su relación de matrimonio.

La sentencia establece la siguiente doctrina:

«Se declara como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea».

Esta doctrina se ha ido reiterando en sucesivas resoluciones consolidando la custodia compartida como un sistema normal e incluso deseable; que exige que ambos progenitores se aparten de divergencias puntuales en relación a la crianza y educación de los hijos y adquieran un mayor compromiso para hacer efectivo el principio de corresponsabilidad en el ejercicio de sus funciones después del divorcio, compartiendo lo que es propio de este sistema de guarda y custodia, llamada compartida (242/2018, de 24 de abril), siempre en interés de los hijos.

2º) Sentencia 495/2013, de 19 de julio. Interés del menor

Con esta medida:

«se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, no define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel».

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.

El interés del menor, por lo demás, no ha de coincidir necesariamente con su voluntad, algo que en muchas ocasiones se tiene en cuenta, cuando puede estar condicionada por alguno de los progenitores en perjuicio del otro y, lógicamente, de los hijos. Al Juez corresponde hacer las valoraciones pertinentes en estos casos, que lo hará en función de la prueba practicada en el procedimiento.

Y ello sin perjuicio de que esta medida pueda ser revisada cuando se demuestre que ha cambiado la situación de hecho y las nuevas circunstancias permiten un tipo distinto de guarda o impiden el que se había acordado en un momento anterior.

3º) Sentencia 758/2013, de 25 de noviembre.

Con este sistema de custodia compartida, dice la sentencia:

«a) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.

b) Se evita el sentimiento de pérdida.

c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.

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

4º) Sentencia 182/2018, de 4 de abril (interés del menor).

La toma de decisiones sobre el sistema de guarda y custodia, dice la sentencia 526/2016, de 12 de septiembre de 2016:

«está en función y se orienta en interés del menor; interés que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor , desarrollada en la Ley 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, define ni determina, y que la jurisprudencia de esta sala, en supuestos como el que ahora se enjuicia, concreta a partir de un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel (sentencias de 19 de julio 2013 , 2 de julio 2014 , 9 de septiembre 2015)».

»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 (sentencia 368/2014, de 2 de julio)».

4.- SUPUESTOS CONCRETOS.

1º. Plan contradictorio.

(i) Sentencias 515/2015, de 15 de octubre de 2014; 52/2015, de 16 de febrero 2015; 130/2016, de 3 de marzo; 722/2016, de 5 de diciembre.

«Obligación de los padres es no solo interesar este sistema de guarda, bajo el principio de contradicción, sino concretar la forma y contenido de su ejercicio a

*través de un **plan contradictorio** ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas que integre con hechos y pruebas los distintos criterios y la ventajas que va a tener para los hijos una vez producida la crisis de la pareja, lo que no tiene que ver únicamente con la permanencia o no de los hijos en un domicilio estable, sino con otros aspectos referidos a la toma de decisiones sobre su educación, salud, educación y cuidado; deberes referentes a la guarda y custodia, periodos de convivencia con cada progenitor; relación y comunicación con ellos y régimen de relaciones con sus hermanos, abuelos u otros parientes y*

personas allegadas, algunas de ellas más próximas al cuidado de los hijos que los propios progenitores; todo ello sobre la base debidamente acreditada de lo que con reiteración ha declarado esta Sala sobre la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales».

(ii) Sentencia 280/2017, de 9 de mayo.

*«Quien solicita la custodia compartida debe concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un **plan contradictorio** ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes, que integre los distintos criterios y las ventajas que va a tener para el hijo (vivienda, toma de decisiones sobre*

educación, salud, cuidado, deberes referentes a la guarda, periodos de convivencia con cada uno, relaciones y comunicación con ellos y sus parientes y allegados, algunos de ellos más próximos al cuidado del menor que los propios progenitores). En el caso, ante la falta de datos y de valoración de la prueba sobre las ventajas que para la niña tendría el cambio de su situación actual, no puede considerarse criterio suficiente para adoptar la custodia compartida la buena relación entre el padre y la niña».

(iii) Sentencia 96/2015, de 16 de febrero.

*«Esta Sala no puede entrar en el estudio de esta cuestión, al carecer de la propuesta de un **plan contradictorio** en el que se defina por la parte que lo propone un desarrollo exhaustivo de los pormenores en que va a consistir la custodia compartida, sin perjuicio de que las partes lo planteen por el cauce procesal oportuno, siendo deseable un acuerdo entre los litigantes».*

2º. Relaciones entre los progenitores.

Es uno de los criterios de este régimen que debe ser matizado, desde la idea de que solo las malas relaciones tendrán relevancia a la hora de adoptar este sistema cuando repercutan o sean relevantes al interés del menor, algo que en muchas ocasiones no se tiene en cuenta y de lo que tiene que salir al paso alguna sentencia, como la 96/2015, de 16 de febrero, para señalar que las discrepancias por el colegio del menor y sus consecuencias económicas «suponen una divergencia razonable» y que «no se exige un acuerdo sin fisuras».

Es por ello que la genérica afirmación «no tienen buenas relaciones», que en ocasiones se introducen en las sentencias, no ampara por sí misma una medida contraía a este régimen, cuando no se precisa de qué manera dichas relaciones pueden resultar contrarias al interés de los menores, como aprecia la sentencia 757/2013, de 29 de noviembre.

La jurisprudencia es reiterada en este sentido.

(i) La custodia compartida, dice la Sentencia 242/2018, de 24 de abril, *«conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura efectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad (sentencias 619/2014, de 30 de octubre ; 242/2016, de 12 de abril ; 529/2017, de 27 de septiembre ; 579/2017, de 25 de octubre). Pero ello no empece a que la existencia de desencuentros, propios de la crisis matrimonial, no autoricen per se este régimen de guarda y custodia, a salvo que afecten de modo relevante a los menores en perjuicio de ellos. Para que la tensa situación entre los progenitores aconseje no adoptar el régimen de guarda y custodia compartida, será necesario que sea de un nivel superior al propio de una situación de crisis matrimonial (sentencias 566/2014 de 16 de octubre; 433/2016, de 27 de junio, 409/2015, de 17 de julio)».*

(ii) Se requiere, por tanto, un mínimo de capacidad de diálogo, pues sin él se abocaría a una situación que perjudicaría el interés del menor (art. 92 del Civil). En este sentido la sentencia de 17 de diciembre de 2012, que reitera la 143/2016, de 9 de marzo, refiere que las malas relaciones entre los cónyuges pueden ser relevantes cuando afectan al interés del menor lo que no sucede en casos como el contemplado en la sentencia en el que no se adopta 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.

(iii) Los derechos derivados de la relación paterno filial, como se ha expuesto, exigen que ambos progenitores se aparten de divergencias puntuales en relación a la crianza y educación del hijo y adquieran un mayor compromiso para hacer efectivo el principio de corresponsabilidad en el ejercicio de sus funciones después del divorcio, compartiendo lo que es propio de este sistema. La custodia compartida - sentencia 242/2016, de 12 de abril- conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto 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.

(iv) 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. La mala relación entre las partes se circunscribe, por lo atinente a la menor, a las múltiples denuncias interpuestas por la recurrida por incumplimientos horarios relacionados con el régimen de visitas. Con independencia de que en derecho penal rija el principio de intervención mínima, por lo que el encaje adecuado de las diferencias entre las partes deban dilucidarse en el procedimiento civil, 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 (sentencia 433/2016, de 27 de junio).

v) Esa relación de mutuo respeto -sentencia 529/2017, de 27 de septiembre- es la que, en el fondo, se niega, y, una vez más se echa en falta, en un tema tan delicado, la ausencia de un informe psicosocial que ayude al tribunal a tener mayor conocimiento de causa para poder decidir, como se desprende de lo declarado en la sentencia de 21 de septiembre de 2016.

Dicho informe no será requisito imprescindible, pero sí es conveniente en estos casos (sentencia de 7 de marzo de 2017).

3º. Alimentos.

Una de las valoraciones negativas que se han hecho de este régimen tiene que ver con los alimentos de los hijos. Consideran que algunos padres están interesados en este sistema únicamente por evitar el pago de los alimentos que de otra forma tendrían que hacer cuando están bajo la custodia de uno solo de los progenitores.

Con independencia de que corresponde a los órganos de instancia averiguar el fraude que se esconde detrás de una solicitud instrumentada sin otro interés que el de no hacer frente a esta prestación alimenticia, lo cierto es que el establecimiento de un régimen de custodia compartida no excluye en modo alguno el establecimiento de una pensión a cargo de alguno de los progenitores, salvo en aquellos supuestos en que existe una igualdad salarial sustancial entre ambos.

(i) Sentencia 390/2015 de 26 de junio.

«el régimen de guarda y custodia comporta que cada progenitor, con ingresos propios, atienda directamente los alimentos cuando tenga consigo a la hija. El problema surge cuando existen diferencias sustanciales en los ingresos y recursos de uno con reparto al otro y no es posible cumplir la regla de atemperar los alimentos a las necesidades de los hijos y recursos de los padres - artículo 93 CC - especialmente en el momento en que estos permanecen bajo la custodia del menos favorecido, como ocurre en este caso, en el que la diferencia de ingresos de uno y otro es sustancial, lo que determina que el padre vendrá obligado a satisfacer en este concepto la cifra de quinientos euros al mes; cifra que se actualizará el día 1 de enero de cada año conforme al IPC publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya. Abonará también el 10 % de los gastos de guardería, si los hubiera, la cuota del club deportivo de..., si se mantiene, así como a la mitad de los gastos de salud que no estén cubiertos por la seguridad social o por seguro médico, y de la misma forma los gastos extraordinarios».

(ii) Sentencia 55/2016, de 11 de febrero.

«El recurrente entiende que al adoptarse el sistema de custodia compartida no es necesario el pago de alimentos, pues cada uno se hará cargo de los mismos durante el período que tenga la custodia de los menores.

Sin embargo, en la sentencia del Juzgado, que acordaba la custodia compartida, fijaba alimentos para los hijos, dado que la madre no tenía ingresos propios, si bien los limitaba por un plazo de dos años, en los que consideraba que la madre podría encontrar trabajo.

Esta Sala debe declarar que la custodia compartida no exime del pago de alimentos, cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges, o como en este caso, cuando la progenitora no percibe salario o rendimiento alguno (art. 146 Código Civil), ya que la cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades del que los recibe, pero también al caudal o medios de quien los da».

4º. Edad de los hijos.

Existen algunos pronunciamientos sobre la incidencia de la edad de los hijos en la determinación de la guarda y custodia compartida.

(i) Sentencia 11/2018, de 11 de enero (hijo de cuatro años de edad cuando se resuelve el recurso de casación).

«La sentencia recurrida excluye la guarda y custodia compartida por la razón fundamental de que el menor estaba con su madre, y porque por su corta edad necesita rutina y estabilidad, lo que hace no recomendable introducir grandes cambios en su vida cotidiana, y todo ello pese a reconocer que la prueba practicada acredita la capacidad del padre para asumir, sin problema alguno, estos menesteres de guarda y custodia que, como ha recordado esta Sala, a partir de la sentencia 257/2013, debe ser el normal y deseable.

Y sin un solo motivo que justifique la medida, se ha privado al menor de compaginar la custodia entre ambos progenitores. Y lo que es más grave, la sentencia recurrida petrifica la situación 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; y ello, desde la perspectiva del interés del niño, es contrario a lo dispuesto en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, como ha recordado con reiteración esta Sala a partir de la sentencia 658/2015, de 17 de noviembre».

(ii) Sentencia 182/2018, de 4 de abril (niño de 5 años de edad cuando se resuelve el recurso de casación).

«La sentencia recurrida excluye la guarda y custodia compartida por lo siguiente: a) porque el menor era lactante cuando se dictaron las medidas provisionales y, sin duda, contando entonces con dos años de edad, estaba

adaptado al entorno materno; b) porque así lo recomienda el informe psicosocial realizado en el año 2015, y c) por la existencia de unas malas relaciones entre los progenitores por el hecho de una denuncia y de un procedimiento penal archivado.

Las conclusiones de los informes psicosociales y de los demás informes periciales en los procedimientos judiciales deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal, si bien esta Sala no es ajena a la

importancia y trascendencia de los mismos (sentencias 465/2015, de 9 de septiembre 2015; 135/2017, de 28 de febrero), siempre bajo el prisma del mejor interés del menor.

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 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, como ha recordado con reiteración esta Sala a partir de la sentencia 658/2015, de 17 de noviembre » .

5º. Distribución de los tiempos de estancia con cada uno de los progenitores.

(i) Sentencia 133/2016, de 4 de marzo.

«El reparto del tiempo se hará, en un principio, atendiendo a principios de flexibilidad y al mutuo entendimiento entre los progenitores».

(ii) Sentencia 630/2018, de 13 de noviembre.

«...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 (sentencias 1638/2016, de 13 de abril, y 257/2013, de 29 de abril)».

(iii) Sentencia 630/2018, de 13 de noviembre, que reitera la 30/2019, de 17 de enero.

«El sistema de custodia compartida no conlleva un reparto igualitario de tiempos sino que pretende un reparto lo más equitativo posible y atemperado con la diversidad de las jornadas laborales de los progenitores»

6º. Violencia de género.

(i) Sentencia 36/2016, de 4 de febrero. (Se reitera en la sentencia 350/2016, de 26 de mayo).

La sentencia de la Audiencia había hecho una correcta evaluación de los hechos y había acordado un régimen de guarda y custodia compartida. Ocurre que después de haberse dictado la sentencia hay un episodio de violencia, concluido mediante sentencia firme, condenatoria de uno de los progenitores, que la recurrente trae a conocimiento de la Sala en el momento de formular recurso de casación.

«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 expresados en las sentencias que cita, como la de 29 de abril de 2013, y que en lo sustancial recoge la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, del País Vasco. 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 Gernika-Lumo de fecha 9 de enero de 2005, por un delito de violencia de género. La sentencia se dicta por conformidad del ahora demandado con la petición del Ministerio Fiscal y le condena como autor de un delito de amenazas en el ámbito familiar, previsto y penado en el artículo 171. 4º y 5º, en relación con los artículos 57.3º y 48. 2º del Código Penal, a la pena de 40 días de trabajos en beneficio de la comunidad, prohibición de acercarse a Dña.... a su domicilio, lugar de trabajo, lugar donde resida o cualquier otro frecuentado por ella a una distancia no inferior a 300 metros, así como a comunicarse con ella por cualquier medio, todo ello durante un plazo de 16 meses y privación del derecho de tenencia y porte de armas por tiempo de 20 meses.

La condena se fundamenta en los siguientes hechos probados: ... "sobre las 20:00 horas del día 6 de enero de 2015, cuando su expareja, Doña... , iba a proceder a la entrega de los hijos comunes en la calle..., domicilio del acusado, y con ánimo de causarle a la misma un temor de sufrir un menoscabo en su integridad corporal, le dijo "como no me den la custodia compartida te arrancio la piel a tiras,

como me quites la custodia compartida aunque sea lo último que haga, te meto una hostia aquí mismo, mentirosa de la hostia, esto va a acabar mal para todos, perra de la hostia, te va a tocar la gorda, la gorda te va a tocar"».

La parte recurrida conoce, lógicamente, la sentencia, y ha tenido ocasión de hacer las alegaciones pertinentes sobre la misma al oponerse al recurso. Manifiesta que "se arrepintió de sus actos inmediatamente, motivo por el que asumió su responsabilidad mostrando su conformidad con la acusación del Ministerio Fiscal. Y, consciente de que aquel hecho se había producido por su estado de ansiedad y depresión, acudió a la consulta de un psiquiatra para tratar esos problemas"

Pero sus razones no pueden dejar sin respuesta hechos indiscutidos de violencia en el ámbito familiar, con 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 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.

Y es que una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura, y otra distinta que ese marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparta al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que van a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos.

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»

La sentencia de la Sala asume la instancia y mantiene la guarda y custodia de los hijos acordada por el Juzgado en favor de la madre y, a la vista de los hechos que se pusieron de manifiesto, deja a la determinación del Juzgado, en ejecución de sentencia, el régimen de comunicaciones y estancias de los hijos con su padre, manteniendo el resto de las medidas acordadas.

(ii) Sentencia 350/2016, de 26 de mayo.

«En el caso de autos consta un auto de incoación de procedimiento abreviado (no firme) en el que se concretan los indicios existentes de un delito de violencia doméstica, unido a que en la propia sentencia recurrida se declara que «pues si bien es cierto que el padre mantiene con la madre una relación de falta total de respeto, incluso abusiva y dominante, ello no es relevante para determinar la

guarda y custodia compartida.

Partiendo del delito sometido a enjuiciamiento y de las actitudes del padre, ejerciendo una posición irrespetuosa de abuso y dominación, es impensable que pueda llevarse a buen puerto un sistema de

custodia compartida que exige, como la jurisprudencia refiere, un mínimo de respeto y actitud colaborativa, que en este caso brilla por su ausencia, por lo que procede casar la sentencia por infracción de la doctrina jurisprudencial, dado que la referida conducta del padre, que se considera probada en la sentencia recurrida, desaconseja un régimen de custodia compartida, pues afectaría negativamente al interés del menor, quien requiere un sistema de convivencia pacífico y estable emocionalmente.

Estimando el recurso de casación, esta Sala atribuye la custodia del menor a la madre, debiendo el Juzgado determinar el sistema de visitas, alimentos, gastos y medidas derivadas, en ejecución de sentencia, al cual deberá aportar la recurrente el auto de incoación de procedimiento abreviado y el informe forense al que nos hemos referido».

(iii) Sentencia 117/2017, de 22 de febrero. (Vivienda).

«No es sostenible de ninguna forma que, como argumento de refuerzo, se diga que «la salida del referido domicilio se produjo por iniciativa de la Sra. en el mes de marzo de 2014 sin que se suscitase cuestión alguna en relación con el indiscutible derecho de habitación de los menores, accediendo de manera inmediata a una vivienda en las proximidades del domicilio familiar en el que se ha mantenido sin controversia alguna al menos hasta el dictado de la resolución recurrida». La demanda se formula el día 24 de marzo de 2014, y estamos ante un hecho probado de violencia de género, en el que la primera prevención que se recomienda a la víctima, como recuerda el Ministerio Fiscal en su informe, "es el abandono del domicilio e inmediaciones donde se ha producido la violencia"»

7º.- Distancia entre los domicilios.

(i) Sentencia 4/2018, de 10 de enero.

«En sentencia 748/2016, de 21 de diciembre, se declaró:

El hecho de que esta Sala se haya manifestado reiteradamente a favor de establecer el régimen de custodia compartida -por ser el más adecuado para el interés del menor- no implica que dicho interés determine siempre la constitución de tal régimen si se considera desfavorable. La propia parte recurrente afirma que se trata de "un concepto jurídico indeterminado, dejando el legislador en manos del poder jurisdiccional la difícil y responsable tarea de llenarlo de contenido, habiéndonos dotado en los últimos años, con una enorme cercanía en el tiempo, de contenido práctico a ese principio mediante las resoluciones emanadas de la Sala Primera del Tribunal Supremo y que son las que consideramos han sido desconocidas por la sentencia recurrida".

La Audiencia sí ha tenido en cuenta el interés de la menor como criterio prevalente a la hora de resolver, si bien no lo ha hecho en la forma en que lo entiende la parte recurrente. Difícilmente puede justificarse en tal caso que estemos ante un supuesto que presente interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala, ya que tal doctrina impone la consideración de dicho interés, pero atendiendo al caso concreto. Resulta así que, aunque concurren varios de los requisitos que normalmente habrían de dar lugar al establecimiento del régimen de custodia compartida, existe una circunstancia que lo desaconseja por suponer una alteración de la vida normal de la menor, sobre todo cuando ya alcanza edad escolar, ya que ambos progenitores residen en poblaciones que distan entre sí unos cincuenta kilómetros y ello supondría que en semanas alternas la menor habría de recorrer esa considerable distancia para desplazarse al colegio».

En el mismo sentido la reciente sentencia 566/2017, de 19 de octubre, referida a la distancia entre Salamanca y Alicante.

«De las referidas sentencias, que constituyen doctrina jurisprudencial, se deduce que la distancia no solo dificulta sino que hace inviable la adopción del sistema de custodia compartida, dada la distorsión que ello puede provocar y las alteraciones en el régimen de vida del menor, pues como alega el Ministerio Fiscal no procede someter al menor a dos colegios distintos, dos atenciones

sanitarias diferentes, y desplazamientos de 1.000 km, cada tres semanas, todo lo cual opera en contra del interés del menor, que precisa de un marco estable de referencia, alejado de una existencia nómada, lo que el padre, con evidente generosidad, parece reconocer en uno de los mensajes remitidos a la madre».

(ii) Sentencia 115/2016, de 1 de marzo.

«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».

(iii) Sentencia 229/2018, de 18 de abril (Pamplona-Tokio). (En parecido sentido, Sentencia 21/2018, de 10 de enero: 1.000 kilómetros).

«...la distancia existente entre ambos domicilios no solo dificulta, sino que hace inviable, la medida de custodia compartida en la forma interesada, dada la distorsión que ello puede provocar y las alteraciones en el régimen de vida de los menores, que precisan de un marco estable de referencia, y, de acogerse, como se interesa, la situación de los dos niños se vería agravada por el hecho de que el padre oferta un proyecto educativo en un colegio japonés en Madrid, con el fin de facilitarles la integridad de sus dos identidades, y, con independencia de cómo va a hacerse efectivo ese traslado, especialmente del padre, lo cierto es que el trabajo y la residencia en España la tiene el padre y la tuvieron los hijos en un determinado momento en Pamplona, que es su entorno de referencia en España».

8º. Vivienda.

Es posiblemente uno de los aspectos más conflictivos, no solo en los supuestos de guarda y custodia monoparental sino, en mayor medida, en los de guarda y custodia compartida.

(i) Sentencia 593/2014, de 24 de octubre (aplica el párrafo 2º y no el 1º del artículo 96 CC), reiterada en las sentencias 1896/2017, de 12 de mayo y 3323/2017, de 22 de septiembre.

«El Código Civil ha incorporado modificaciones importantes en su artículo 92 en materia de atribución de la guarda y custodia compartida, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, y la declaración de inconstitucional y nulo el inciso "favorable" del informe del Ministerio Fiscal contenido en su número 8, en la STC 185/2012, de 17 de octubre. Lo que no hay es una regulación específica para adaptarla a esta nueva modalidad de custodia posiblemente por las variables que el sistema comporta.

Si lo han regulado otras leyes autonómicas: a) Código Civil de Cataluña, redactado por Ley 25/2010, de 29 de julio, relativo a la persona y la familia, encuyo artículo 233.20 atribuye el uso al cónyuge más necesitado con carácter temporal y es susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron. b) El artículo 81 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de Código del Derecho Foral de Aragón, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, que atribuye el uso de la vivienda familiar al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares, señalando que la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia y c) La Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, en cuyo artículo 6 señala que a falta de pacto entre los progenitores, en los casos de régimen de convivencia compartida, la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda; atribución que tendrá carácter temporal siendo la autoridad judicial la que fije el periodo máximo de dicho uso, sin perjuicio de que tal uso pueda cesar o modificarse, en virtud de decisión judicial, cuando concurran circunstancias que lo hagan innecesario o abusivo y perjudicial para el progenitor titular no adjudicatario.

El problema para hacer efectivo este régimen de convivencia, es especialmente grave en situaciones de crisis económica, cuando en la vivienda quedan los niños y son los padres los que se desplazan en los periodos de convivencia establecidos, puesto que les obligará a disponer de su propia vivienda, además de la familiar, con tres viviendas en uso. También lo es cuando uno de ellos es titular de la vivienda en que la familia ha convivido y el otro carece de ella puesto que existe el riesgo de que no pueda cumplimentar esta alternancia en los periodos en que le corresponde vivir en compañía de los hijos, como es el caso. Lo cierto es que el artículo 96 establece como criterio prioritario, a falta de acuerdo entre los cónyuges, que el uso de la vivienda familiar corresponde al hijo y al cónyuge en cuya compañía queden, lo que no sucede en el caso de la custodia compartida al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos; supuesto en el que la norma que debe aplicarse analógicamente es la del párrafo segundo que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al Juez resolver "lo procedente". Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres.

En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero. En ambos casos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos, y que no sería posible en el supuesto del párrafo primero de la atribución del uso a los hijos menores de edad como manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC (SSTS 3 de abril y 16 de junio 2014, entre otras).

Pues bien, el interés más necesitado de protección ya ha sido valorado en la sentencia por lo que restar por analizar si se debe imponer una limitación del derecho de uso, armonizando los dos intereses contrapuestos: el del titular de la vivienda que quedaría indefinidamente frustrado al no permitírsele disponer de ella, incluso en los periodos en los que el hijo permanece con él, y el del hijo a comunicarse con su madre en otra vivienda; aspecto en que debe casarse la sentencia.

Es cierto que la situación económica de uno de los progenitores puede dificultar en algunos casos la adopción del régimen de custodia compartida y que sería deseable que uno y otro pudieran responder al nuevo régimen que se crea con la medida. Pero es el caso que esta medida no ha sido cuestionada y que en el momento actual es posible extender el uso hasta los dos años contados desde esta sentencia, teniendo en cuenta que se trata de una situación que la esposa ha consentido, y, por lo tanto, ha debido calcular su momento. Se trata de un tiempo suficiente que va a permitir a la esposa rehacer su situación económica puesto que si bien carece en estos momentos de ingresos, cuenta con apoyos familiares y puede revertir, por su edad (nacida el NUM002 de 1977), y cualificación (química) la situación económica mediante al acceso a un trabajo, que incremente los ingresos que recibe tras la ruptura personal definitiva de su esposo, y le permita, como consecuencia, acceder a una vivienda digna para atender a las necesidades del hijo durante los periodos de efectiva guarda, siempre con la relatividad que, en ese mismo interés del menor, tienen estas y las demás medidas que puedan afectarle teniendo en cuenta que la guarda compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores, y que el principio que rige los procesos de familia es la posibilidad de cambio de las decisiones judiciales cuando se han alterado las circunstancias, por medio del procedimiento expreso de modificación de medidas».

(ii) Sentencia 183/2017, de 14 de marzo.

«El artículo 96 establece como criterio prioritario, a falta de acuerdo entre los cónyuges, que el uso de la vivienda familiar corresponde al hijo y al cónyuge en cuya compañía queden, lo que no sucede en el caso de la custodia compartida al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos; supuesto en el que la norma que debe aplicarse analógicamente es la del párrafo segundo que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al Juez resolver "lo procedente". Ello

obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres.

En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero. En ambos casos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos, y que no sería posible en el supuesto del párrafo primero de la atribución del uso a los hijos menores de edad como manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC» (sentencias 593/2014, 24 de octubre; 434/2016, 27 de junio, 522/2016, 21 de julio, entre otras).

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

(iii) Sentencia 215/2019, de 5 de abril (Inviabile alternancia de la casa).

«En cuanto a que los progenitores se alternen en la vivienda familiar, para que el niño no salga de la misma, es un sistema que impugna la parte recurrida y que no es compatible con la capacidad económica de los progenitores, que se verían obligados a mantener tres viviendas (la de cada uno y la común), unido a la conflictividad que añadiría el buen mantenimiento de la vivienda común (artº 96 del Civil).

A la vista de ello, estimando el recurso de casación y asumiendo la instancia, se casa la sentencia recurrida y se confirma la sentencia de 27 de junio de 2017 (Proc. 463/2015) del JPI nº 2 de..., excepto en lo relativo a la residencia del menor, que habrá de ser en el domicilio de cada uno de los progenitores, en el período respectivamente atribuido.

En cuanto al destino de la vivienda familiar será el que las partes le den, de acuerdo con la naturaleza del bien».

5.- CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS

La jurisprudencia tiene muy claro que el transcurso del tiempo y la adaptación del menor a la custodia monoparental no puede servir de argumento en sí mismo para negar su transformación en custodia compartida.

(i) Sentencia 561/2018, de 10 de octubre. (la modificación de la medida no tiene que sustentarse en un cambio «sustancial», pero sí cierto, de las circunstancias).

«Con reiteración ha dicho esta Sala que las discusiones sobre guarda y custodia de los menores deben contemplar siempre el prevalente del interés de los niños, en el análisis de las cuestiones relativas a su protección, guarda y custodia, considerando que las nuevas necesidades de los hijos no tienen que sustentarse en un cambio «sustancial», pero sí cierto, de las circunstancias, lo que obliga a los tribunales a decidir cuál es lo que más les conviene, y lo que no conviene en este caso a la hija es lo que ha hecho la sentencia obviando, de un lado, la reiterada jurisprudencia de esta Sala sobre los criterios de aplicación en casos como el enjuiciado de modificación de medidas, acudiendo

a lo que nadie había planteado, como es la no ejecución provisional de la sentencia, para vincularlo con absoluto simplismo al interés de la niña en continuar con la madre como viene haciéndolo desde el año 2011. El hecho de no ejecutar la sentencia no permite deducir desinterés por la situación de la niña, más bien prudencia por lo que podría pasar y finalmente pasó.

Como ha declarado esta sala, en los últimos años se ha producido un cambio notable de la realidad social y un cambio jurisprudencial, fundado en estudios psicológicos que aconsejan que la custodia compartida se considere como el sistema más razonable en interés del menor (sentencias 390/2015, de 26 de junio, 469/2014 y 758/2013, de 25 de noviembre).

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 (sentencia 554/2017, de 17 de octubre).

Estos cambios son inequívocos y relevantes en orden a la custodia de la menor, lo que provoca un replanteamiento del sistema de custodia, que conlleva la estimación del recurso de casación y, asumiendo la instancia, la confirmación íntegra de la sentencia del Juzgado, que ha valorado de forma completa, adecuada, y con conocimiento de la jurisprudencia de esta sala en la interpretación del artículo 92 del CC, el interés y las necesidades de la hija, acordando la guarda y custodia compartida por ambos padres».

(ii) Sentencia 390/2015, de 26 de junio (convenio regulador previo).

Esta sentencia es posiblemente una de las más importantes en orden a valorar las circunstancias del cambio de circunstancias en un supuesto en el que mediaba un escaso espacio de tiempo entre las medidas objeto del incidente de modificación y la demanda formulada. Se casa la sentencia de la Audiencia Provincial que argumentaba lo siguiente:

«...ambas partes convinieron las medidas que habían de regir en el futuro sus relaciones y en ellas se dispuso que la menor permaneciera bajo el cuidado cotidiano de su madre, por lo que no resulta oportuno la modificación de la medida, alterando una situación que se viene desarrollando de forma adecuada y que responde a lo querido por los progenitores". Nada más dice. Nada dice que el padre es "buen padre de familia", como señala el Juzgado en la sentencia que ratifica la Audiencia, circunstancia que no se niega ni se discute, y nada argumenta tampoco sobre la evolución natural de la menor desde que el convenio se aprueba hasta ahora especialmente referida a un momento importante como es para la niña el del inicio de su etapa escolar, y la menor dependencia de sus padres».

La respuesta de la Sala es la siguiente:

«La sentencia solo ha valorado el convenio regulador anterior sin tener en cuenta este cambio de circunstancias que propician un régimen de custodia distinto, como tampoco ha tenido en cuenta el hecho de que en el tiempo en que aquél se firmó era un régimen de custodia ciertamente incierto, como ha quedado demostrado con la evolución de la doctrina de esta Sala y de la propia sociedad.

Una cosa es que al tiempo de la quiebra de la unidad familiar, ambos progenitores consideraran que tal alternativa era la que mejor se adaptaba a las necesidades de la niña, y otra distinta que el simple transcurso del tiempo, dice la sentencia, apelando a la cosa juzgada y a la seguridad jurídica, no tenga entidad suficiente para modificar un status que, hasta el presente, ha ofrecido las condiciones necesarias para un desarrollo armónico y equilibrado de la niña, y que podría verse afectada negativamente por el régimen de alternancia que postula el apelante, por más que el mismo ofrezca, al menos en teoría, las aptitudes necesarias para asumir, en plano de igualdad con la otra progenitora, la función debatida, ignorando que en la actualidad el régimen de estancias es muy amplio y flexible ya que, como reconoce la esposa, la menor está con el padre todos los miércoles hasta el jueves, además de los lunes alternos, los fines de semana alternos desde el viernes hasta el lunes, y la mitad de las vacaciones. Una semana, dice, "la menor ve al padre y está con el padre el

lunes, el miércoles hasta el jueves y viernes hasta el lunes. (Está el padre con la menor el lunes, miércoles, jueves, viernes, sábado y domingo). Luego la semana siguiente, la lleva el lunes al colegio, y la recoge el miércoles hasta el jueves. (Está el padre con la menor el lunes, miércoles y jueves)".

La sentencia no concreta el interés de la menor, en la forma que esta Sala ha señalado con reiteración. La sentencia petrifica la situación de la menor desde el momento del pacto, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido.

En primer lugar - STS 18-11-2014 -, el hecho de que haya funcionado correctamente el sistema instaurado en el convenio no es especialmente significativo para impedirlo, lo contrario supone desatender las etapas del desarrollo de los hijos y deja sin valorar el mejor interés del menor en que se mantenga o cambie en su beneficio este régimen cuando se reconoce que ambos cónyuges están en condiciones de ejercer la custodia de forma individual, como resulta de la sentencia de 29 de noviembre de 2013 .

En segundo lugar, lo que se pretende con esta medida -dice la misma sentencia- es "asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor" y, en definitiva, "aproximarlo 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 sin duda parece también lo más beneficioso para ellos".

En tercer lugar, 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.

Por consiguiente, la valoración del interés de la menor... no ha quedado adecuadamente salvaguardado. La solución aplicada en la resolución recurrida no ha tenido en cuenta los parámetros necesarios, y ello sin perjuicio de que esta medida pueda ser revisada cuando se demuestre que ha cambiado la situación de hecho y las nuevas circunstancias permiten un tipo distinto de guarda o impiden el que se había acordado en un momento anterior».

(iii) Sentencia 529/2017, de 27 de septiembre

«Establece el art. 90.3 CC lo siguiente:

3. Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente podrán ser modificadas por los cónyuges judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges.

La transcrita redacción viene a recoger la postura jurisprudencial que daba preeminencia al interés del menor en el análisis de las cuestiones relativas a la protección, guarda y custodia, considerando que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio «sustancial», pero si cierto. (STS 346/2016, de 24 de mayo)

Es por ello que: "Esta Sala no ha negado que pueda acordarse la guarda y custodia compartida por cambio de circunstancias, incluso habiendo precedido convenio regulador de los progenitores sobre la guarda y custodia de los hijos, pero siempre por causas justificadas y serias, motivadas por el tiempo transcurrido desde que el convenio se llevó a cabo. Así se decidió en la sentencia de 17 de noviembre de 2015, Rc. 1889/2014, que declara, partiendo del interés del menor, que se ha producido el cambio de circunstancias porque: (i) la menor tenía dos años cuando se pactó el

convenio regulador, y en la actualidad tenía 10 años; (ii) los propios progenitores habrían flexibilizado en ese tiempo el sistema inicialmente pactado. También se decide en ese sentido en la sentencia de 26 de junio de 2015, Rc. 469/2014, que valora que «en el tiempo en que aquél se firmó era un régimen de custodia ciertamente incierto, como ha quedado demostrado con la evolución de la doctrina de esta Sala y de la propia sociedad». Añade que no se puede petrificar la situación de la menor desde el momento del pacto, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido. Atendiendo a los cambios que el tiempo ha provocado y al interés de la menor se accede a la solicitud de guarda y custodia compartida, modificando lo acordado en su día en el convenio regulador sobre tal medida. (sentencia 162/2016, de 16 de marzo)"

Consecuencia de lo expuesto es que la doctrina de la sentencia recurrida no se compadece con la de esta sala, pues cuando se dictó la sentencia de divorcio el menor tenía año y medio y ahora tiene seis, con lo que la nueva edad no es óbice para la existencia de un cambio en la guarda y custodia, pues entonces no podía ser conveniente la compartida, por su escasa edad, y ahora sí podría ser, en evitación de petrificar su situación.

Además es cierto, como recoge la sentencia de primera instancia, y con independencia de que el cambio legislativo fuese precedente, que el régimen de guarda y custodia compartida sufrió una evolución en la doctrina de la sala y de la sociedad en años posteriores, según las sentencias citadas de esta sala.

Por tanto condiciones para atender a una modificación de circunstancias sí que existen, sin que sea óbice al cambio de régimen el que el precedente monoparental y con amplio régimen de visitas funcionase correctamente (SSTS de 28 de enero de 2016 y 16 de septiembre de 2016)».

(iv) Sentencia 564/2017, de 17 de octubre. (alteración de circunstancias que no justifica el cambio del régimen de custodia, pese a que la monoparental era prácticamente del 50%).

Cambiar de un régimen de custodia monoparental a otro de custodia compartida, supone una modificación no solo nominal sino real. Las medidas no van a ser las mismas, tanto en lo que se refiere a los alimentos de los hijos, como, muy especialmente, a la vivienda, y al control, dirección y referencias directas de los hijos hacia uno u otro progenitor, algo que se debe tener en cuenta a la hora de modificarlo.

» El recurrente entiende que, dado que de facto el tiempo de estancia de la menor con cada uno de los progenitores es del 50%, debe denominarse tal sistema, como custodia compartida.

Ello lo sustenta en el cambio de circunstancias acaecidas dado el tiempo transcurrido desde la sentencia de divorcio (4/4/2006), cuyas medidas de custodia se han modificado en dos ulteriores procedimientos de modificación de medidas, hasta conseguir que en la actualidad pase la niña... (21-4-2009) dos tardes con pernocta con cada progenitor y los fines de semana alternos, más la mitad de vacaciones para cada uno.

Como ha declarado esta sala, en los últimos años se ha producido un cambio notable de la realidad social y un cambio jurisprudencial, fundado en estudios psicológicos que aconsejan que la custodia compartida se considere como el sistema más razonable en interés del menor (sentencias 390/2015, de 26 de junio, rec. 469/2014 y 758/2013, de 25 de noviembre, rec. 2637/2012).

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.

En el presente caso, la resolución recurrida funda la negativa del cambio de denominación del sistema de custodia por el de custodia compartida, en que la situación fáctica no ha cambiado.

Esta sala debe declarar que no cabe recurso de casación para obtener un cambio de denominación

en el sistema de custodia, pues el régimen de visitas no varía, dado que el recurrente pretende mantener el mismo sistema de estancias de los menores, que el conseguido en la última modificación de medidas, de lo que se deduce que no hay un cambio sustancial de circunstancias que justifique la pretensión del recurrente (arts. 90 f y 92 del Código Civil)»

(iv) Sentencia 215/2019, de 5 de abril (cambio cierto: artículo 91 CC).

«Como esta sala ha declarado en sentencia 31/2019 de 19 de diciembre, que cita las de 12 y 13 de abril de 2016, la modificación de medidas, tal como el cambio de sistema de custodia, exige un cambio "cierto" de las circunstancias y que se adopte en interés de los menores (artº 91 del Civil). En el presente caso, dado que el menor contaba con meses cuando los progenitores rompieron su convivencia, que en la actualidad tiene siete años y que en anterior procedimiento ya se anunciaba la posibilidad de un cambio en el sistema de custodia, debemos concluir que se aprecia un cambio cierto y sustancial de las circunstancias concurrentes, como para posibilitar un cambio de custodia en interés del menor, unido ello al informe psicosocial favorable. En este sentido, se ha de casar la sentencia recurrida al no tener en cuenta la doctrina jurisprudencial sobre cambio de medida».

6.-RECURSO DE CASACIÓN.

a) Con reiteración se ha dicho por la Sala 1ª que el interés casacional consiste en el conflicto jurídico producido por la infracción de una norma sustantiva aplicable al objeto del proceso (que es el motivo del recurso de casación), en contradicción con la doctrina jurisprudencial invocada (lo que constituye presupuesto del recurso), por lo que es obvio que ese conflicto debe realmente existir y ser acreditado por la parte.

Y lo que es evidente es que el acceso a la casación de materias como la que aquí se analiza sería menor si se conociera y respetara por determinadas Audiencias la jurisprudencia y se dejara de atender a criterios que nada tienen que ver con ella. Sería no solo menor, sino que se evitarían gastos y tiempos innecesarios a quienes pretenden llevar sus desacuerdos hasta el Tribunal Supremo en contra de una reiterada jurisprudencia.

La sentencia 194/2016, de 29 de marzo, lo pone en evidencia:

«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 una solución homogénea por parte de los Tribunales a los asuntos similares.... El recurso de casación tiene como función la de preservar la pureza de la ley para conseguir la igualdad y la seguridad jurídica en su aplicación, donde tiene su origen la doctrina legal con valor complementario del ordenamiento jurídico (art. 1.6 CC)».

La sentencia añade:

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

b) El interés del menor, dice la sentencia 348/2018, de 7 de junio, *«tiene aspectos casacionales (sentencia 614/2009, de 28 de septiembre) y no se trata a través de este cauce de cuestionar la valoración de la prueba ni de atacar los hechos, sino de revisar la valoración que de este interés hace la sentencia a partir de los hechos que han quedado probados. La determinación del mayor beneficio para el menor, al tratarse de la valoración de una calificación jurídica, puede ser, en definitiva, objeto de una revisión conceptual en casación (sentencias 384/2005, de 23 de mayo, 614/2009, de 28 de septiembre)».* La razón se encuentra en que *«el fin último de la norma es la*

elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este». «(...) *La interdicción del nuevo examen de la prueba en casación se mantiene en estos procesos, tal como se ha dicho repetidamente por esta Sala y solo cuando se haya decidido sin tener en cuenta dicho interés, podrá esta Sala examinar, las circunstancias más adecuadas para dicha protección*» (sentencias 261/2012, de 11 de enero, 261/2012, de 27 de abril y 633/2012, 25 de octubre).

Siempre deberá tenerse en cuenta que interés del menor constituye una cuestión de orden público. Se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses. Este principio se impone a los jueces y tribunales, según establecen los artículos. 53 CE y 5 LOPJ, y obliga a esta Sala a tomar las decisiones adecuadas para su protección (Ver SSTs de 11 febrero y 25 de abril de 2011). Por esta razón, en este punto no rige el principio de justicia rogada.

El interés del menor mueve montañas, incluso las procesales. El problema será concretar cuando existe ese interés del menor que deba ser tutelado